

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

**Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye
A R M A Ğ A N**

S. Ü. HUKUK FAKÜLTESİ KÜTÜPHANESİ
Kıtap No. : 6216
Yazar No. : _____

KONYA - 1996

Hukuk Fakültesi Yayınları No: 15

ISBN:

Dizgi :  **Dizgi Evi**

Alaaddin Bulvarı Saray İşhanı Kat: 3 No: 402/KONYA

Tel (0.332) 351 66 41

Baskı :



MATBAACILIK LTD. ŞTİ.

Tel: 342 01 95 - KONYA



İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

Çocuk Hukuku Bakımından KORUNMA KARARI, KORUMA VE EMNİYET TEDBİRİ KAVRAMLARI Prof. Dr. Ali Naim İNAN.....	1
FSEK'İN BAZI MADDELERİNİN DEĞİŞİKLİK TASARISI HAKKINDA GÖRÜŞLER Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU.....	23
TÜRK KOOPERATİFÇİLİĞİ'NİN HUKUKİ SORUNLARI Prof. Dr. Mehmet ÜNAL.....	31
YARGI KARARI KONUSU OLMUŞ BİR EŞYA HUKUKU PROBLEMİNİN ÇÖZÜMÜ Prof. Dr. Mehmet ÜNAL.....	37
Les fondements de fixation des loyers dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux en droit turc Prof. Dr. Fahrettin ARAL.....	45
HUKUK DAVALARI BAKIMINDAN ADALET HİZMETLERİNİN İYİLEŞTİRİLMESİ İHTİYACI ve YAPILMASI GEREKENLER Prof. Dr. Ejder YILMAZ.....	55
TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI (TÜKETİCİ MAHKEMELERİ) Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI.....	77
İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI Yrd. Doç. Dr. Halûk Hâdi SÜMER S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.....	103
TİCARET UNVANININ TESCİLİNDE KULLANMA AMACI VEYA UNVANDA TEKLİK İLKESİ Yrd.Doç.Dr.Sami KARAHAN S.Ü.Hukuk Fakültesi Ticarî Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.....	119

KURULUŞ VE GÖREVLERİ İTİBARIYLA DENİZ MÜSADERE MAHKEMELERİ Yrd. Doç. Dr. Süha TANRIVER	131
ROMA HUKUKUNDA ŞİRKET (SOCIETAS) AKDİ ve BUNUN TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI.....	137
TÜKETİCİ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ Yrd. Doç. Dr. Vahit DOĞAN.....	153
MEDENİ USUL HUKUKUNDA GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ Yrd. Doç. Dr. Erdal TERCAN.....	181
EVLAT EDİNME VE EVLATLIĞIN MİRAS HAKKI Arş. Gör. Süleyman YALMAN.....	213
İŞÇİ ÜCRETİNİN BU ÜCRETE YÖNELİK HACİZ VE İŞVERENİN İFLASI İLE İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE KORUNMASI N. Binnur SÜMER.....	225
VAKIF ÇEŞİTLERİ VE TİCARİ İŞLETME İŞLETEN VAKIFLARIN TACİR SIFATI Arş.Gör.Nazmi OCAK	237
HUMK'NUN KARŞI DAVA İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN İDARİ YARGIYA UYGUNLUK DERECESESİ Prof. Dr. Süleyman ARSLAN	255
CEZA MUHAKEMESİNDE "DÜRÜST YARGILAMA" İLKESİ Prof. Dr. Friedrich-Christian SCHROEDER (Tercüme eden: Dr. Cumhuriyet ŞAHİN)	269
ÇAĞDAŞ DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE İDARİ VESAYET DENETİMİ Prof. Dr. Coşkun SAN	285

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU Prof. Dr. Zafer GÖREN	299
ORTADOĞUDA SU SORUNLARI KARŞISINDA TÜRKİYE'NİN İKİLEMLERİ Doç. Dr. A. Mehmet KOCAOĞLU	341
TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KONUSU Doç. Dr. Yavuz ATAR	373
KURULUŞ VE YETKİLERİ AÇISINDAN MACARİSTAN ANAYASA MAHKEMESİ Yrd. Doç. Dr. Hasan TUNÇ	407
İDARİ MAKAMLARIN SÜKUTU ÜZERİNE AÇILAN DAVALARDA SÜRE Yrd. Doç. Dr. Murat SEZGİNER	417
DAVRANIŞ NORMLARI TEORİSİ (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi) Dr. İur İzzet ÖZGENÇ	443
AFGANİSTAN'DA YÖNETİM ARAYIŞLARI ve ANAYASAL GÖRÜNÜMÜ Dr. M. Emin EMİNİ	455
ÜLKE BÖLÜCÜLÜĞÜ SUÇU Dr. İlhan AKBULUT	473
MECELLE'DE İSTİHKÂK DAVASI Dr. Osman KAŞIKÇI	481
KANUN YOLLARI İLE İLGİLİ İYUK'NDA 4001 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER Arş. Gör. Cemil KAYA	497

PROF. DR. ŞAKİR BERKİ ARMAĞANINI ÇIKARIRKEN

24 Ocak 1996 tarihinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına vekaleten görevlendirildiğimde, genç öğretim üyelerinin, öncelikle, yayımla ilgili dilekleri dikkatimi çekti. Bu arada Merhum Prof. Dr. Şakir BERKİ Armağanı için bazı yazıların toplandığını, fakat yayımlama imkanı bulamadıklarını beyan ettiler. Gerçekten'de böyle bir yayın için imkanlar oldukça kıtı. Ancak ben bu Armağanı yayımlamayı herşeye rağmen göze almıştım. Çünkü Prof. Dr. Şakir BERKİ gibi dünya çapında bir ilim adamını anmak, onun hatıralarını genç kuşaklara aktarmak gibi bir görevin bana nasip olması, aslında gerçekten övünülecek bir husustu. Bunun için bu yayımı, vazife hayatımın en mutlu faaliyetlerinden biri olarak görüyorum.

Hukukçu bir ailenin mümtaz bir ferdi olan Prof. Dr. Şakir BERKİ, bugün için hâlâ özlemini çektiğimiz kendi kültürü ile karışık, Doğu ve Batıyı bilen ve onu sentez yapabilen ve herşeyden önce ve kendi öz kültürünü ön plana çıkarabilen bir aydın tipini temsil etmektedir.

Bütün bu duygu ve düşüncelerle, Prof. Dr. Şakir BERKİ için bu armağanda yazılan yazıların, genç Hukukçulara ve Türk aydınlarına rehber olmasını temenni eder, Merhum Prof. Dr. Şakir BERKİ hocamıza Allah'tan rahmet niyaz ederim.

Prof. Dr. Mehmet AYDIN
S.Ü. Hukuk Fakültesi Dekan V.

PROF. DR. ŞAKİR BERKİ'NİN HAYATI VE ESERLERİ

Ankara Üniversitesi Medeni Hukuk Kürsüsü Profesörlerinden merhum Mehmet Şakir Berki 13.3.1915 tarihinde Tokat'da doğmuştur. Babası İslam Hukukçularından ve Temyiz Mahkemesi reislerinden merhum Ali Himmet Berki'dir.

Üçü erkek ve üçü kız olan altı kardeşden Ankara Üniversitesi Devletler Hususi Hukuku Profesörlerinden merhum Osman Fazıl Berki ve Hakimlikten emekli Saadettin Berki de, ailenin geleneksel mesleği olan hukuk mesleğinin müntesiplerindedir.

Merhum Prof. Dr. Şakir Berki, Lise tahsilini Eskişehir'de tamamlayarak 1936 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine girmiş ve 1939 yılında mezun olmuştur. Mezuniyetini takiben Dahiliye Vekaleti (İçişleri Bakanlığı) maiyet memurluğu görevine başlamış, kısa bir müddet sonra 1940 yılında başladığı vatani görevini 1942 yılında tamamlamış ve tekrar İçişleri Bakanlığındaki görevine dönmüştür. bu görevinde iken bir yılı Bakanlıktan ve iki yılı şahsi olarak karşılanmak suretiyle 1943 yılında İsviçre'ye giderek Friebour Üniversitesinde hem lisans ve hem de Doktorasını yaparak 1946 yılında dönmüştür.

Yurda dönüşünde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Roma Hukuku kürsüsünde asistan olarak göreve başlamış, bilahare aynı Fakültenin Medeni Hukuk kürsüsüne intisap etmiştir. Bir yandan Fakülteadaki görevine devam ederken, bir yandan da, üç sene kadar avukatlık yaparak tatbikatı tanımak fırsatı bulmuştur.

1950 yılında doçent olan merhum Prof. Dr. Şakir Berki, 1954-1955 yılları arasında Almanya'da Freiburg Üniversitesinde tetkik çalışmalarını tamamlamış ve 1956 yılında da Profesör olmuştur. Aynı Fakülteден 39 yıl hizmeti müteakip, 1981 yılında emekli olmuştur.

Malike Berki hanımefendi ile 1943 yılında evlenen merhumun her ikisi de hukukçu olan iki oğlu vardır. Prof. Şakir Berki 13.9.1988 tarihinde Ankara'da vefat ederek hakkın rahmetine kavuşmuştur.

Bir hukukçunun herşeyden evvel devamlı çalışmaya ve istişareye muhtaç olduğuna inanan merhumun, beşeri kanunların tatbikinde ilahi adaletin hak ve nufet ölçülerine riayeti düstur alan ve devamlı olarak çalışmak, öğretmeye gayret etmek ve yazmak ile geçen hayatı boyunca daima işin esasını içerecek biçimde

fuzuli belagat ve lafızdan kaçınarak verdiği eserlerinden başlıcaları aşağıda gösterilmektedir.

Ders Kitapları olarak;

- Roma Hukuku, Ankara 1949
- Medeni Hukuk "Şahıs ve Aile Hukuku", Ankara 1961
- Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara 1956
- Borçlar Hukuku Hususi Hükümler, Ankara 1959
- Miras Hukuku, Ankara 1959
- Ayni Haklar, Ankara 1965
- Devletler Umumi Hukuku, Ankara 1966
- Tatbiki Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1950
- Toprak Hukuku, Ankara 1957

Diğer Eserleri;

- Türk hukukunda evlenmenin asli şartlarından doğan kanun ihtilafları, (Doçentlik Tezi), Ankara 1953.

- Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlâd Edinme, Ankara, 1962

- Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında evlilik dışında doğan çocuklar, Ankara 1963

- Türkiyede Toprak Davası ve Mevzuat Karşısında Toprak Rejimi, Ankara 1971

- Kur'anda Hukuk

- Hz. Muhammed

- Vakıflar Üzerine Düşünceler

- Medeni Hukuk ve bilhassa Miras Hukuku ve İslam Hukuku ile ilgili Türkçe ve Fransızca olmak üzere, değişik Fakülte Mecmuaları, Dergi ve periyodiklerde yayımlanmış pek çok makale.

DEĞERLİ HOCAM PROF. DR. ŞAKİR BERKİ'Yİ ANARKEN

Prof. Dr. Fikret EREN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Yıl 1958, bir sonbahar günüydü. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Medeni Hukuk anabilim dalında asistan olmak istiyordum. Bu amaçla Fakülteye gitmiştim. Osman isimli, Hocam Prof. Dr. Şakir BERKİ'nin çok sevdiği sonraları savcılıktan emekli olan bir arkadaşşıma rastladım. Kısa bir sohbetten sonra kendisine asistan olmak istediğimi söyledim. "Haydi, Şakir ağabeye uğrayalım" dedi. Beraberce Hocamın odasına gittik. Fakültede asistan kalmak isteğimi kendilerine de ilettim. Hocam, yakında fakültede sınav açılacağını, bu sınava hazırlanmamı söyledi. Sınav açıldı, girdim ve kazandım. O tarihten emekli olduğu tarihe kadar tam 22 yıl Hocamla birlikte aynı fakültede, aynı anabilim dalında çalıştım. Bana meslek hayatımın her alanında yardımcı oldu, yol gösterdi ve öğretici oldu.

Hocam Prof. Dr. Şakir BERKİ, çalışkan bir insandı. Hukuk doktorasını İsviçre'de yapmış, doktora tezini Fransızca yazmıştır. Fransızca dışında Almanca da bilirdi. Bu ikinci dili de Almanya'da öğrenmiştir. Akademik ömrü, bilimsel çalışmalarla geçmiştir. Medeni Hukukun her alanında ders kitapları yazmıştır. Sayısız makaleleri vardır. Kendi imkanlarıyla mütevazı de olsa, Fransızca bir hukuk dergisi çıkarmıştır. Medeni hukuk dışında toprak hukuku, Roma hukuku, hukuk usulü muhakemeleri alanlarında ders kitapları yazmıştır.

Hocam Prof. Dr. Şakir BERKİ, inançlı bir insandı. İnançlarından asla ödün vermezdi; vatanperver ve milliyetçi bir insandı. Dinine, törelerine çok bağlı olmakla birlikte, hiç bir zaman aşırılığa kaçmazdı. Bu anlamda gerçek bir cumhuriyetçi, laik ve Atatürkçü idi.

Hocam, adil bir insandı. Adalete çok inanırdı. Bütün davranışlarında adaleti uygulamak, adil olmak isterdi. Haz. Ömer'in adalet ilkelerini kendisine rehber edinmişti. Günlük yaşamında adalete olan inancı, diğer inançlarından önce gelirdi.

Hocam Prof. Dr. Şakir Berki'nin tevazu dolu bir hayatı vardı. Övülmekten,

iltifattan, gösteriş ve şaşaadan hoşlanmazdı. İnsanlara fevkalâde önem verirdi. Büyük küçük ayırımı yapmazdı. Asistanlığımın daha ilk gününden itibaren bana önem vermiştir. Bu yönüyle de Hocamız bizlere, tüm öğrencilerine büyük örnek olmuştur.

Görev ve sorumluluk bilinci olan bir insandı. Kendisine verilen her görevi daima zamanında, hiç aksatmadan büyük bir titizlikle yerine getirirdi. Son derece mazbut bir hayatı vardı. Ailesine son derece düşküdü, aile fertlerini, bu arada özellikle üstün meziyetlere sahip eşleri Malike Hanımefendiyi ve çocuklarını çok severdi. Ayrıca o devrin mümtaz hukukçularından emekli Yargıtay üyesi babaları Ali Himmet Berki üstad ile ağabeyleri değerli hocamız Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye son derece hürmet ve sevgi duygularıyla bağlı idi.

Hocamın belki de en çok sevdiği şeylerden birisi çay içmekti. Çay içmeyi ben Hocamdan öğrendim. O günden beri ben de iyi bir çay içicisiyim. Evinde çayımı genellikle muhterem eşleri Malike Hanımefendi, bazen de kendileri yapardı. Çok değişik semaverleri ve çay bardakları vardı.

Değerli Hocam Prof. Dr. Şakir BERKİ, mütevazi, büyük ve fazıl bir insandı. Bizlere Medeni Hukuk dışında, hoşgörüyü, insanları sevmeyi, vatan, millet ve törelere bağlı kalmayı öğretti.

Sevgili Hocam, ebedi yatağında rahat uyu... Seni şimdi daha çok arıyoruz; Seni hürmet ve rahmetle anıyoruz...

Çocuk Hukuku Bakımından KORUNMA KARARI, KORUMA VE EMNİYET TEDBİRİ KAVRAMLARI

Prof. Dr. Ali Naim İNAN (*)

I. GİRİŞ

Son yıllarda güncel inceleme konusu yapılan "Çocuk ve çocuk hakları"nın korunması ve ona ilişkin olarak, belirli somut bir durumda çocuğun kişiliğinin, duygusal, fikrîsel, ahlaksal, bedensel, sosyal, ekonomik, kültürel ve hukuksal bütünlüğünün korunması, dolayısıyla maddî, manevî, ekonomik, sosyal tamamiyetinin korunması, geliştirilmesi, ona kültürel hakları ile gereken eğitim ve öğretimin sağlanmasını ifade eden "çocuğun güvenliği ilkesi" ile ilgili olan tedbirler ana kavramının alt kavramlarını oluşturan ve mevzuatta, literatürde ve uygulamada sık sık biri diğerinin yerine kullanılmaya çalışılan "korunma kararı", "koruma tedbirleri (kararı)" ve "emniyet tedbiri" kavramları'nın açıklığa kavuşturulmasında büyük yarar olduğu kanaatını taşımaktayız.

II. KORUNMA KARARI:

A- Genel Olarak:

İlk defa 23.5.1949 t. ve 5387 Nrlı "Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hk. Kanun" (1) ve bilahere onun yerini alan ve aynı adı taşıyan 24.5.1957 t. ve 6972 Nrlı K. (2) birinci maddesindeki ve onun 29 maddesine göre Bakanlar Kurulunun 11.03.1958 t. ve 4/1034 sayılı kararıyla çıkarılan 6972 Sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkındaki Kanunun Sureti Tatbikine Dair Talimatname'nin (3) üçüncü maddesinin "mahalin sulh hukuk mahkemelerince gerekli tedbir kararları itihaz edilir" ifadeleriyle hukuk sistemimize giren "Korunma Kararı" bugün 1983 yılından itibaren 24.05.1983 t. ve 2828 Nrlı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu K. (SHÇEK. K.)"nın 3. maddesinde ve adı geçen son kanunun 21

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Emekli Öğretim Üyesi olup, halen adı geçen Fakültede ve Anadolu ve Gazi Üniversiteleri. Hukuk Fakültelerinde "Çocuk Hukuku" derslerini okutmaktadır.

(1) RG. 27.05.1949 t. ve 7217 sayılı

(2) RG. 21.05.1958 t. ve 9911 sayılı,

(3) RG. 28.11.1983 t. ve 18235 sayılı

ve 22. maddesine göre 28.11.1983 tarihinde çıkarılan "Korunmaya Muhtaç Çocukların Tespiti İncelenmesi, Korunma Kararına Alınması ve Kaldırılmasına İlişkin Yönetmenlik" (KMÇY) (4) hükümlerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

B- Korunma Kararının Tanımı ve Alınmasını Gerektiren Koşullar

1- Korunma Kararının Tanımı:

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri içinde "Korunma Kararı"nın tanımını açıkça veren bir hükme rastlamıyoruz. Ancak bu kuralların ışığı altında korunma kararı, şu biçimde tanımlanabilir:

"Kanunun, (SHÇEK. K. 3. mad. b bendi 1-4 alt bendlerin) öngördüğü genel ve özel koşulları kendisinde toplayan "korunmaya muhtaç çocukların" yetkili yargı mercilerince, Devlet tarafından korunma altına alınmasına ilişkin olan yargı kararına "Korunma Kararı" denir.

2- Koruma Kararlarının Alınmasını Gerektiren Koşullar:

SHÇEK. K. 3. maddesi ile bu kanunun 21 ve 22. maddelerine göre çıkarılan 28.11.1983 tarihli KMÇY. hükümlerine göre, korunma kararını gerektiren koşulları, "maddi koşullar" ve "usule ilişkin koşullar" başlıkları altında iki alt ayırım içinde incelemek mümkün olmaktadır:

a- Maddi Koşullar

Maddi koşullar, hangi çocukların öncelikle (5) devlet kurum ve kuruluşlarında korunmaya alınmasını belirleyen koşullardır.

a- Genel Koşul:

Aşağıdaki özel koşulları bulan çocukların, öncelikle devletin kurum ve kuruluşlarında korunma altına alınabilmesi için SHÇEK. K. 3. maddesinin b bendinin birinci cümlesine göre "beden, ruh ve ahlâk gelişmeleri veya şahsî güvenlikleri tehlikede" olmalıdır. Çocuğun beden ve ruh sağlığının yerinde olmaması ve gelişmesinin tehlikede olması aşağıdaki özel koşullar grubunda yer

(4) R.G. 28.11.1983 t. ve 18235.

(5) Suçlu çocuklar, köprüaltı çocukları, terkedilmiş çocuklar, sokak çocukları, istismar edilen çocuklar gibi ayrımlar yapılmadan ve ırk, renk cinsiyet, dil ve din, siyasal yada başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, zenginlik ve fakirlik veya başka durumlardan kaynaklanan ayrımcılıklar dikkate alınmadan, kişiliğin tam ve uyumlu olarak gelişmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış içinde, barış, değer bilirlilik, hoşgörü, özgürlük ve dayanışma ruhuyla her çocuğun konuşması (Bu hususta ayrıntılı bilgiler için Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin önsözüne ve İnan, Ali Naim; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHF Dergisi Cilt 44, s. 1-4 (1995) 70. yıl özel sayısı s. 765 ved. Ankara 1996) gerektirdiği fikrinde olduğumuz için üstüne bastırarak "öncelikle" sözcüğünü kullanıyoruz.

alan çocuklarda, tıbbi raporlarla belirlenirken, kişisel güvenliği ve ahlâksal gelişmesinin tehlikede olduğunun belirlenmesi, işlerdeki olağan genel uygulamalar ile toplumun genel ahlak anlayışına göre SHÇE. Kurumu elemanlarınca hazırlanacak rapor sırasında incelenmesi ve tesbit edilmesi gerekmektedir.

bb- Özel Koşullar:

SHÇEK.K. 3. maddesinin b bendinin 1-4. alt bendlerinde, dört gruptan birinde bulunan çocukta, bulunduğu durum dolayısıyla genel koşul da kendisinde varsa, korunma altına alınabileceğini amirdir. Bu alt bendlerde bahsedilen çocuklar,

11. Ana veya babasız, ana ve babasız,
22. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan,
33. Ana veya babası veya her ikisi tarafından terkedilen,

44. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuklardan biri olmak gerekir (6). Yukarıda kısaca açıklanan genel ve özel koşullar kendisinde bulunan çocuklara "Korunmaya Muhtaç Çocuklar" denir (SHÇEK. K. mad. 3).

b- Usule İlişkin Koşullar:

Yukarıda kısaca açıklanan genel ve özel koşullar kendisinde bulunan çocuklar hakkında korunma kararı alınmadan evvel tesbitinin yapılması gerekir.

aa- Korunmaya Muhtaç Çocukların Tesbiti:

11. Kamu Kurumlarının Tesbit:

aaa- Yükümlü Kamu Kuruluşları:

SHÇEK. K. 9, maddesinin b. bendine göre, korunmaya muhtaç çocukların tesbiti ile "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Genel Müdürlüğü" yükümlü tutulmuş olup, adı geçen Genel Müdürlük adına, KMÇY'nin 7. maddesine göre, bu yükümlülüğü "İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü" ile "İlçe Sosyal Hizmetler Şubeleri" (7) yerine getirir. KMÇY. 9. maddesine göre il ve ilçelerden sorumlu olan adı geçen kamu kuruluşları çevrelerinde korunmaya muhtaç olup, kurum hizmetlerinden yararlanacak çocukları tesbit etmek için ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yaparlar (SHÇEK: K. mad, 24).

(6) Bu çocuk grupları hk. geniş bilgi için bkz. İnan Ali Naim, Çocuk Hukuku, İst. 1968, s. 36 ved.

(7) SHÇEK da henüz ilçe bazında örgütlenme yapılmamıştır.

bbb- Görevli Kamu Kuruluşları:

KMÇY. 7. maddesi II. fıkrasında da, mahalli mülkî amirlerini, sağlık kurum ve kuruluşlarını, köy muhtarlarını, genel kolluk kuvvetlerini ve belediye zabıta memurlarını korunmaya muhtaç çocukları, illerde İl Sosyal Hizmet Müdürlüklerine, ilçelerde İlçe Sosyal Hizmetler Şubelerine duyurmakla görevli kılınmıştır.

ccc- Özel Kişilerin Başvurusu ile Tespit:

KMÇY. 8. maddesine göre basın ve yayın organlarında çıkan haberler ihbar kabul edilerek ayrıca resmî bir duyuru gelmesi beklenmeden İl Sosyal Hizmet Müdürlüğü veya İlçe Şubeleri harekete geçer veya çocukların ana-babaların veya vatandaşların başvurusu üzerine gerekli işlemlerin yürütülmesine (KMÇY, md. 10) başlarlar. SHÇEK.K. 3. maddesinin b bendindeki genel ve özel koşulları içeren bir çocuğun varlığından haberdar olan vatandaşlara, TCK. 476. maddesinin aynen "bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi (çocuğu)..... terkedilmiş bulup da derhal ait olduğu daireye veya hükümet memuruna "haber vermeyi ihmal ederse,kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır" hükmüyle de duyuru yükümlülüğünü hukuksal bir yaptırıma (8) bağlanmıştır.

bb- Korunma Kararı:

SHÇEK. K. 3. maddesinin b bendinin ön gördüğü genel ve özel koşulların, kendisinde bulunduğu, yukarıda açıklanan yollarla tesbit edilen çocuklar hakkında alınacak korunma kararını üç aşamada tetkik etmek yerinde olur:

11. Korunma Kararı Öncesi Aşama (Koruma Tedbirleri (Kararları) Aşaması):

Yetkili kamu kurumunca, çevrelerindeki taramalar, görevli kuruluşların duyuruları, ana-babanın veya vatandaşların başvuruları yahut basın ve yayın organlarındaki yayınların ihbar kabul edilmesi sonucunda korunmaya muhtaç olduğu tesbit edilen çocuklar hakkında her şeyden önce, bulduklarının grubun özelliklerine göre, bazı koruma tedbirlerin alınması gerekebileceği gibi, birçok

(8) TCK'nun bu para cezası, bazı değişiklik kanunlarıyla artırılmış olmasını deyin, bu fazla önemi olmayan bir miktardadır. Ancak, cezanın "ağır para cezası" olması, ona bir cürüm cezası olması niteliğini ve dolayısıyla, cürümde kastın varlığı asıl, taksirli davranış istisna iken, kabahatte taksirli davranışın kafi gelmesi gibi manevi unsurlarında, tekerrürde, tecil ve zamanaşımı sürelerinde farklılık gibi cürüm cezalarının özelliğini kazandırır. Bu ve cürüm cezalarının özellikleri hk. geniş bilgiler için bkz. Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I. 7. bası, İst-1979 Nr. 490 s. 398 ved; Cilt II. 7. bası İst. -1981 Nr. 843 ved. s. 176 ved ve özellikle Nr. 990 ved. s. 331 ved, Cilt III. 9 bası, İst-1983, Nr. 1667 ved s. 21 ved, Nr. 1848 ver. s. 195 ved. Nr. 2099 s. 333 ved.

durumlarda da olayın ivediliği, bu koruma tedbirlerin alınmasını zorunlu da kılabilir. Bu nedenle bu aşamanın ilk ve en önemli alt aşamasını "koruma tedbirleri (kararları) aşaması"nı oluşturur.

aaa- Yönetmel Mercilerce Alınacak Tedbirler:

SHÇEK. K. 22. mad. II. fıkrasıyla KMÇY. 16. maddesine göre, haklarında derhal ve ivedi koruma tedbiri (kararı) alınmasında zorunluluk görülen çocuklar, mahkemece korunma kararı alıncaya kadar, en büyük mülkî amirinin onayı alınarak, SHÇEK. K. göre kurulmuş kurumlara veya inceleme sonunda uygunluğu belirlenmiş aileler yanına yerleştirilir (9).

bbb- Yargı Mercilerince Alınacak Tedbirler:

SHÇEK. K. da ve KMÇY.de herhangi bir açıklama olmamakla beraber, Medenî Kanunu'muzun çeşitli, örneğin 261, 2. c. ve özellikle 272 ve hatta 175, 273, 274, 285 ve 298. maddelerinde ve 7. 11. 1979 t. ve 2253 Nrlı "Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev Ve Yargılama Usulleri Hk. Kanun (ÇMK.) örneğin, 6.11.1988 t. ve 3412 Nrlı. K.la değişik 14. maddesinde, haklarında korunmaya muhtaçlığı belirlenen veya duyurusu yapılan çocuklar hakkında yargı mercileri gereken veya zorunlu olan koruma tedbirlerini, korunma kararı verilmeden alabilirler. Hatta, yine yukarıda tarih ve Nrsı. belirtilen kanunla değişik ÇMK. 20. maddesine göre, bu çocukların beden, ruhî ve akıl durumlarının tesbitini sağlamak amacıyla koruma tedbirlerin uygulanmasından evvel, çocuk mahkemesi nezdinde bulunan sosyal hizmet elemanlarına ve pedegog, psikolog veya psikiyatir gibi uzmanlara küçüğün aile, okul içinde bulunduğu diğer ortamları da dikkate alarak bir rapor hazırlanmasına veya aynı maddenin son fıkrasına göre, bir koruma tedbiri olarak, çocuğun bir müşahade merkezinde gözlem altında tutulmasına da yetkili ve görevli yargı merci karar verebilir (10).

22. Yönetmel Mercilerce Yapılacak Hazırlık Aşaması:

aaa- Sosyal İnceleme Raporunun Hazırlanması Aşaması:

Değişik yollardan, tarama veya duyuru yahut müracaat yoluyla korunmaya muhtaç olduğu belirlenen çocuklar hakkında İl Sosyal Hizmetler Müdürlüklerinde görevli sosyal hizmet uzmanlarınca veya bu elemanların bulunmadığı hallerde İl sosyal Hizmet Müdürlüğünce görevlendirilen kişi, çocuk ve ailesi hakkında gerekli bilgileri toplamakla görevlendirilir. (KMÇY, mad. 11)

(9) Bu konu, bu incelemenin aşağıda "İl koruma Tedbirleri" adı altında ayrıntılı bir biçimde tekrar ele alınacaktır.

(10) Bu açıklamalarımızın, aşağıdaki, bb-33, aaa-Yetkili Yargı Mercii ve bbb-Görevli Yargı Mercii'ne ilişkin açıklamalarımız içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Görevlendirilen kişi,

- 1- Çocuk buluntu ise, karakol zabıt varakasını (tutanağını),
- 2- Ana ve babası boşanmış veya ayrılmışsa, ilgili mahkemenin kararını (11).
- 3- Terkedilmişse bununla ilgili tutanağı ve

4- Çocuğun korunmaya muhtaç olduğu ihbar edilmişse, bu durumu belirleyen tutanağı da ekleyerek, çocuğun özgeçmişini, ana ve babasının olup olmadığı, ailesinin ve çevresinin sosyo ekonomik durumu, o ana kadar yaşadığı ortam, yakın akrabalık ve komşuluk ilişkileri ve benzerleri konularını açıklığa kavuşturacak derinlemesine yaptığı incelemelerin sonuçlarını bir rapor haline getirir (KMÇY. ma. 11)

bbb- Dosya Düzenleme Aşaması

KMÇY. 12. maddesine göre, sosyal inceleme sonucunu içeren raporda çocuğun korunmaya muhtaç olma özelliklerine sahip olduğu belirlenince, İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü veya İlçe Şubeleri,

1. Çocuğun menkul ve gayrimenkul mal varlığı varsa, bunun nasıl idare ve muhafaza edildiğini,

2- Çocuk üzerindeki ana-babanın velâyetinin kaldırılması veya vesayet altına alınıp alınmamasının gerekip gerekmediğini içeren müteala ile vukuatlı aile nüfus kaydını veya hakkında korunma kararı alınacak buluntu çocuklarla, ana-babası tarafından henüz nüfusa kayıtları yaptırılmamış olupta, acilen korunmaya alınması gereken çocukların nüfus kayıt işlemleri ilgili mevzuat (özellikle 5. 5. 1972 t. ve 1587 Nrlı Nüfus Kanun'unun 21. maddesi) kurallarına göre, düzenlenen kayıt örneklerini,

3- Tapu ve vergi dairelerinden alınan belgeleri içeren ve

4- Örneği Genel Müdürlükçe hazırlanan (KMÇY. mad. 12) çocuk durum fişini de doldurularak, düzenlenen dosya yetkili ve görevli yargı merciine gönderilir.

33. Yargı Merciiince Korunma Kararının Alınması Aşaması:

Mülga 6972 Nrlı. Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanununun 1. maddesinde kısaca "buldukları mahallin Sulh Mahkemelerince gerekli tedbir

(11) Adı geçen yönetmelik, "ayrılık"tan bahsetmemektedir. Halbuki MK. 135. maddesi, "boşanma davasını ikameye hakkı olanın dilerse ayrılık ta isteyebilme hakkı olduğunu belirttiğinden sonra, 138. maddesinde de "boşanma sebeplerinden biri sabit olunca hakim, ya boşanmaya veya ayrılığa hüküm ile mükelleftir" kuralıyla her iki halde de hakim kararına ihtiyaç olduğunu açıkca göstermektedir.

kararlar ittihaz olunur" ifadesiyle hem yetkili ve hem de görevli mahkemeyi belirlenirken, SHÇEK.K "Korunma Kararı" kenar başlığı altında 22. maddesinin 1. fıkrasında, sadece "gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır" demektedir, ancak ne yetkili, ne de görevli mahkemenin, hangi mahkeme olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, konunun yetkili mahkeme ve görevli mahkeme bakımından ayrı ayrı incelemesi yerinde olur.

aaa- Yetkili Mahkeme:

SHÇEK. Kanunu, yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğunu belirtmemekte, ancak, bu kanunun 21 ve 22. maddelerine göre çıkarılan 28, 11, 1983 tarihli KMÇY. 13. maddesi,

1. İl yada ilçelerde tesbit edilen korunmaya muhtaç çocuklar için korunma kararının ikâmet edilen mahalde veya

2- Evden kaçıp korunmaya muhtaç olan çocuklar hakkında korunma kararının, ailesinin ikâmet ettiği mahalde alınacağını kurala bağlamıştır. Ancak, bu düzenlemeler, çocukların kanuni ikâmetgahını düzenleyen Medeni Kanunu'muzun 21. maddesinin II. fıkrasıyla, henüz ikametgahı belli olmayanlar için itibari ikametgahı belirleyen 20. maddesinin II. fıkrası hükümleriyle, bu düzenlemeleri yetkili mahkemenin tesbiti bakımından büyük ölçüde benimseyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. madde hükmü ile bağdaşmamaktadır. Çünkü, MK. 21. maddesinin I. fıkrasına göre,

1- Ana-babanın ikâmetgahı, velâyetleri altındaki çocukların,

2- Vesayet altında ise, çocuğun ikâmetgahı vesayet mahkemesinin bulunduğu,

3- Çocuğun ikâmetgahı herhangi bir şekilde belirlenemiyorsa, o anda bulunduğu (Medeni Kanunumuzun 20. maddesinin kullanıldığı deyimle "elyevm sakın olduğu" yer çocuğun ikâmetgahı kabul olunur (12)).

bbb- Görevli Mahkeme:

Mülga 6972 Nrlı. Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanununun 1. maddesinde ve adı geçen mülga kanununun 29. maddesine göre Bakanlar Kurulunun (İcra Vekilleri heyeti'nin) 11.3.1958 t. ve 4/10034 sayılı kararlarıyla çıkarılan yönetmeliğin (talimatnamenin) 3. maddesinde ve 4. maddesinin d ve e bendlerinde görevli mahkemenin sulh mahkemesi olduğunu belirtilirken, ne SHÇEK.K. ve ne de bu kanuna göre çıkarılan KMÇY'de görevli mahkemeyi be-

(12) HKUK 9. maddesinin I. fıkrasının ikinci cümlesinde diğer bir olasılık, yetkili mahkemeyi belirlemek bakımından aynen şöyle düzenlenmiştir: "Davalının ikâmetgahı belli değilse, davaya Türkiye'de son oturduğu yer mahkemesinde bakılır."

İrleyen bir ibareye rastlanmaktadır. Bu nedenle görevli mahkemenin belirlenmesinde usul hukukun bazı ilkeleriyle 25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı K.la değişik ÇMK. 14. maddesinin aynen "Diğer Kanunlara göre de, küçükler hakkında koruma tedbirleri alınması çocuk mahkemelerine aittir." (13) hükmünü dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir.

Usul Hukukunun genel ilkelerine göre, (14) eğer ilgili kanunda görevli mahkeme özel olarak (HMUK. mad. 1/I, 24) belirtilmemişse,

1- Yargısal karara konu olacak hukuksal sorunun, mal varlığına veya kişi varlığına ilişkin olup olmadığına bakılır. Mal varlığına ilişkin ise hukuksal sorunun, yine HMUK. 1/II fıkrasına (ve 2-6 maddelerine) göre tesbit edilecek değerine yani değeri ikimilyon liraya kadar davalarda sulh, ikimilyon liranın üstündeki davalarda asliye mahkemesi görevlidir (HMUK. 8. maddenin I. bendinin ikinci yarım cümlesi) veya HMUK. 8. maddesinin II. bendinin 2-6 altbendleriyle III. bendinde gösterilen davalarda da sulh mahkemeleri görevlidir.

2- Yargısal karara konu olacak sorun şahıs varlığına (özellikle ahval-i şahsiye) ilişkin olupta, yukarı açıklanan kurallar ile özel kanununda görevli mahkeme belirlenmemişse, usul hukuku ilkelerine göre görevli mahkeme asliye mahkemesidir.

3- Usul hukukunun başka bir ilkesine göre de, herhangi bir kanunda, yalnız mahkeme deyimi kullanılarak görevli mahkemenin belirlenmesine gidilmişse, görevli mahkemenin yine asliye mahkemesi olması asıldır. Kaldığı, 8 nisan 1340 t. ve 469 Nrlı "Mehakimi Şer'iyenin İlgası ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanun"un 26.4.1926 t. ve 825 Nrlı K. değişik 3. maddesi aynen "Asliye Mahkemeleri sulh mahkemelerin salâhiyeti haricinde kalan bircümle hukuk, ceza, ticaret davalarını usul ve kanuna tevfikân kabili temyiz olmak üzere görür" hükmünü içermektedir.

Bütün bu açıklamalardan sonra, özel kanun da yani SHÇEK: K da ve ona göre çıkarılan KMÇY. de görevli bir mahkeme belirlenmemiş ve korunma ka-

(13) ÇMK. 14. maddesinde 25.2.1988 t. ve 4312 Nrlı K.la yapılan değişiklik esas itibarıyla "dil" bakımından yapılan küçük düzeltmeler ve "çocuk mahkemelerinin her ilde ve nüfusu 100.000'in üzerinde olan her ilçede kurulması ilkesini... yansıtmak amacıyla yapıldığı gerekçesiyle "ilçe ve merkez ilçelerindeki çocuk mahkemeleri" yerine yalnızca "çocuk mahkemeleri" sözcüklerinin konulmuş olması ile kısıtlı kalmıştır. Bkz. Dönem: 18, Yasamayılı; TBMM. (S. Sayısı: 12), Sayılı Çocuk Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adelet Komisyonu Raporu (1/368) madde gerekçeleri. 3. madde. s. 3.

(14) Bu genel ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz KURU, Baki-ARSLAN, Ramazan-YILMAZ; Ejder: medeni Usul Hukuk Ank. s. 128 ved.

rarının ahal-i şahsiye (kişi varlığına) ilişkin olması ile adı geçen kanunda ve yönetmenlikte yalnız mahkemeden bahsedilmiş olması dolayısıyla korunma kararlarının yetkili asliye hukuk mahkemelerinde alınacağı kanaatini taşımaktayız. Kaldı ki Yargıtay, bir çok kararlarında (15) yukarıdaki gerekçe ve 8.4.1340 t. ve 469 Nrlı K. değişik 3. maddesine göre aynen "davaya bakmak Asliye Hukuk Mahkemesinin görevine girdiği için" sözleriyle bu görüşümüzü teyit etmiştir.

ÇMK. ilk düzenlediği zamanki gibi, çocuk mahkemelerinin, psikolog, psiatrist, pedegok, sosyal hizmet uzmanı gibi yardımcı elemanlarının olduğu düşüncesiyle (16). 25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı kanunla yapılan değişiklikte eski metindeki "ilçe ve merkez ilçe çocuk mahkemeleri" ifadeleri yerine yalnızca "çocuk mahkemeleri" sözcükleri konularak 14. maddenin ikinci fıkrası aynen "Diğer kanunlara göre de, küçükler hakkında koruma tedbiri alınması çocuk mahkemelerine aittir" biçiminde düzenlenmiştir.

Bu kural karşısında Çocuk Mahkemelerinin de, SHÇEK. K. 3. maddesinin b bendindeki genel ve özel koşullar kendilerinde bulunan çocuklar hakkında "Korunma Kararı" almakta görevli olup olmadıklarını, kanun bu hükmünün lafzını yorumlayarak ve çocuk mahkemelerinin niteliğini vurgulayarak tartışmak yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

ÇMK. değişik 14. maddesinin II. fıkrasındaki, "koruma tedbiri" kavramı, tedbir ana kavramının bir alt kavramı ve inceleme konumuz olan koruma tedbir kararı geniş anlamda alındığı zaman, yargı ve yönetsel mercilerin alabileceği ve çocuğun güvenliğinin gerektirdiği, (koruma) tedbirlerini muhtelif kanun hükümlerine göre yargı mercileri ve SHÇEK. K. 22./II ve KMÇY. 16 madde ile diğer mevzuat kurallarına göre yönetsel merciler de SHÇEK.K öngördüğü genel ve özel koşulları çocuk kendisi de toplaması bile, korunma kararından evvel veya sonra alabilecekleri halde, buna karşın yukarıda (17) açıklandığı gibi, korunma kararı, ancak SHÇEK. 3 maddesinin b bendinin 1-4 alt bendlerindeki genel ve

(15) Yar. 2 HD. 4.3.1994 t. ve E. 1556-K. 2380, Yad. 2. HD. 24.12.1990 t. E 91-K. 34, Yar. 2. HD. 25.2.1992 t. ve 158-K. 2321, Yar. 2. HD. 8.4.1991 t. ve E. 1559-K. 2152, Yar. 2. HD. 18.3.1191 t. ve E. 155-K. 247. Yar. 2. HD. 2.1.1992 t. ve E. 1561-K. 2292, Yar. 2 HD. 25.5.1992 t. ve E. 1562-K. 21512 (RG. 5. 5. 1994 t. ve sayılı 21925. s. 11-18) Aynı görüşte, Özdemir, Fatma, Korunmaya Muhtaç Çocuklar için koruyucu Aile Bakımı (Psiko-sosyal ve Hukuksal Açidan) A. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi s. 90 ved.

(16) Adı geçen değişiklik kanun tasarısı gerekçesinde buna benzer bir açıklama maatessüf bulunmaktadır. Yalnız, tasarının madde gerekçeleri arasında yer alan 3. maddesinin I. fık. da aynen "Tasarının 6, 7, 8 ve 9 maddeleriyle 2253 sayılı Kanunun sırayla 8, 14, 17 ve 27 nci maddeleri yukarıda dn 13 de açıklanan gerekçelerle değiştirilmiştir (2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu '1/368) Dönem 18, Yasama yılı 1, TBMM (s. 12) s. 3.

(17) II, B, 2. a ve b s. 2 ved.

özel koşullar kendisinde olan ve usule ilişkin koşullarda yerine getirdikten sonra yetkili ve görevli yargı merciinden alınan kararı ifade eder. Yukarıda görüldüğü gibi, koruma tedbiri (kararı) ile korunma kararı arasında, koşulları, yetkili merciler ve zaman bakımından farklılıklar bulunmaktadır.

Çocuk mahkemeleri, 1982 anayasamızın 141. maddesinin ikinci fıkrasının açık ve aynen "küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur" (18) ifadesine göre, bir ceza mahkemesidir. Bahusus ÇMK. 25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı K. değişik altı maddesi "... Küçükler tarafından işlenen ve genel mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili davalara çocuk mahkemelerinde bakılır." ifadesiyle bu savı teyit etmektedir. Kaldı ki Türkiye'de ikisi İstanbul, birer tanesi Ankara, İzmir ve Trabzon illerimizde olmak üzere bugüne dek yalnız beş adet kurulabilmiş olan çocuk mahkemelerinin, ÇMK kendilerini verdiği suçlu çocukları yargılama ve koruma tedbirlerini alabilme görevlerini gerek yargı ve gerek gözetim elemanlarıyla zor yerine getirirken (19) onların ÇMK. kendilerine yüklediği asli görevleri yanında, bir de çocuk, hatta ÇMK. 6. maddesine göre sanık veya suçlu olmayan korunmaya muhtaç çocuk için ahval-i şahsiyeye ilişkin "korunma kararı" alma görevinin verilmesi, çoktan beri söylenegelen ve bir türlü pek fazla önlenemeyen "korunma kararlarının yargı mercilerince gerekli inceleme yapılmadan, hazırlanan dosya üzerinde karara bağlandığı" savına, güçlendirici bir nitelik kazandırır.

Çocuk mahkemelerine, korunma kararını alma görevinin tanınması bakımından üzerinde durulması gereken bir hususta, uygulamada ikilemenin yaratılmasında kendisini göstermektedir. Şöyle ki ÇMK. değişik 6. maddesine göre "15 yaşını bitirmeyen küçükler tarafından işlenen ve genel mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili davalara çocuk mahkemelerinde bakılır". 16-18 yaşlarındaki küçükler tarafından işlenen suçlarda genel ceza mahkemeleri görevli mahkemelerdir. O halde, birinci grup yani 15 yaşını bitirmemiş çocuklar için çocuk mahkemeleri; 16-18 yaşlarındaki sanık çocuklar ile çocuk mahkemelerin bulunmadığı yerlerde eğer çocuk SHÇEK.K. unun öngördüğü genel ve özel koşullara sahip korunmaya muhtaç çocuksa ve usule ilişkin işlemlerde tamamlanmışsa TCK.da da korunma kararını verecek mahkeme için görevle ilgili özel bir kural olmadığından korunma kararı yetkili asliye (hukuk) mahkemesince

(18) 1961 Anayasamızın bu madde hükmüne tekabül eden 135. maddesinin II. fıkrası da aynı hükmü içermektedir.

(19) Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı Ve Adelet Komisyonu Raporu (1/400) Dönem 19, Yasama Yılı 1. S. sayısı 105 deki Hükümet Gerekçesi s. 1).

verilecektir. Uygulamadaki bu ikilemin hukuk sistemimize de aykırı düştüğü kanaatini taşımaktayız. Çünkü hukuk sistemimizde, ceza mahkemeleriyle hukuk mahkemelerinin ilişkilerini ve özellikle inceleme konumuz olan ahval-i şahsiyeye ilişkin hususlarda iki tür mahkeme arasındaki ilişkileri düzenleyen örneğin MK. 357. maddesine göre, bir sene veya daha ziyade hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olunan kişi için bir vasi tayin edilir ve hükmü icraya memur merci, mahkumun cezasını çekmeye başladığını; TCK. 33. maddesinin 2. fıkrasının ilk yarım cümlesine göre beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkum olan kişinin ceza süresi içinde babalık (velâyet) hakkında da mahrumiyetine karar verilmişse, savcı sulh mahkemesine hemen ihbarla yükümlü (20) tutulmasında olduğu gibi hükümler bulunmaktadır (21). Kaldı ki varsayılan Ankara'da bir sabah bir demir satış bürosunun kantarı üstünde terkedilmiş olarak bulunan birkaç aylık olup sonra Demir Katar adı verilen bebek hakkında çocuk (ceza) mahkemesinden bir korunma kararının alınmasının hiçbir dünya veya hukuk görüşü mantığı ile açıklamanın mümkün olmadığı kanaatini taşımaktayız (22).

ÇMK. 14. maddesinin II. fıkrası hükmünü, biz ancak çocuk mahkemesi kendi önüne ÇMK 11 ve 12 maddelerine göre, sanık olarak gelen çocuklardan

(20) Yargıtayın (Yar. İçt. Bir K. 4.12.1929 t. ve E. 33-K.18/1 (RG. 16.12.1929 t. ves. 1425, aynı karar Adliye Ceridesi, sene 8. sayı 93 Nisan 1930, İst. 1930. s. 16) karara göre, bu TCK. 33. mad. doğan kanuni kısıtlılık hali olup, ayrıca hacir kararına ihtiyaç yoktur. Ancak, yine Yargıtayın (Yar. 4 HD. t. ve E. 333-K.133 (TEPEÇİ, Kamil: Notlu ve İzahatlı Türk Kanunu Medenisi, I. Cilt şahsın hukuku-aile hukuku-miras, 2. bası, Ank. 1956, s. 385) ve Adalet Bakanlığının (Ad. Der. Sayı 71 ve 72 s. ? (TEPEÇİ, 365 naklen)) (Hukuk İşleri Müdürlüğüne muhatap 14.7.1930 t. (Adliye Ceridesi sene 9, sayı 101, kanunuevvel 1930 İst., 1930 s. 271) Mütelaaların gereği, Savcının bildirmesi üzerine sulh hukuk mahkemesince vasi tayin edilmesi gerekir. Ayrıntılı bilgiler için bkz. OĞUZMAN, Kemal-DURAL, Mustafa; Aile Hukuku, İst.-1994. s. 439 vd; AKINTÜRK, Turgut Aile Hukuku 4. bası Ank-1996s. 455 ved. ÖZTAN Bilge Aile Hukuku 2. bası Ank-1983, s. 482. Yeni Medeni Kanun Öntararısında, bu husus, "III Hapis edilme" kenar başlığı altında 338. maddesinde aynen "Hürriyeti bağlayıcı ceza mahkumiyeti halinde vesayet altına alınma, Türk Ceza Kanununun hükümlerine tabidir. Cezayı yerine getirmekle görevli makam böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atamak üzere yetkili sulh mahkemesine bildirmekle yükümlüdür. "(2467 sayılı Kanun hükümlerine göre Adalet Bakanlığınca Kurulan Komisyonca Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gereçleri, İst. 1984. s. 77 ve 331)

(21) Konumuzda ilgi olmamakla beraber benzer bir diğer düzenlemede de "VIII. Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk Arasındaki Münasebet" kenar başlığı altında BK. 53. maddesinde yer almaktadır.

(22) ÇMK 25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı K.la değiştirilen II. fıkra hükmünün, Türk Çocuk Mahkemelerinde diğer yabancı ülkeler ve özellikle Amerikan Çocuk Mahkemeleri (ayrıntılı bilgi için bkz: LEE, Catherine New York Eyaletinde Küçüklerin Yargılanması (çev. GÜRKAYNAK, İpek), Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu, 22-23 Haziran 1983, Ankara 1983, s. 95 ved) gibi ister çocukların kişi varlıklarına (ahval-i şahsiyetlerine) ister mal varlıklarına, ister çocuğun sanık, isterse mağdur olması gibi her türlü özel hukuktan ve kamu, özellikle ceza hukuktan doğan her türlü hukuksal sorunlarını çözüme kavuşturan mahkemeler gibi ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Türk Çocuk Mahkemelerinin de, en kısa zamanda bütün bu görevlerle donatılmış bir uzmanlık mahkemeleri haline getirilmesinin zamanı çoktan geldiği ve hatta geçmeye başladığı kanaatındayız. Kısım aynı fikirde: ONUR, Esin: Çocuk Mahkemeleri Yasasının Genel Değerlendirmesi, Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu 22-23 Haziran 1983, s. 18

SHKÇEK.K. 3. maddesindeki genel ve özel koşulların kendisinde bulunması ve aynı kanun ve KMÇY öngördüğü usule ilişkin aşamalar tamamlatıldıktan sonra görevli mahkeme olarak korunma kararı alabileceği kanaatini taşımaktayız (23).

Bu açıklamalardan sonra yargıtayın verdiği en yeni kararlar (24) doğrultusunda Adalet Bakanlığı bir genelge ile yetkili asliye hukuk mahkemelerinin SHÇEK. K.3. maddesinin b bendinin 1-4 alt bendlerindeki genel ve özel şartlarla yine aynı kanunun 22. ve KMÇY. kurallarına göre usule ilişkin koşulların gerektirdiği aşamalar tamamlandıktan sonra korunma kararının alınmasında görevli mahkeme olduğunu, ancak çocuk mahkemelerinin ÇMK. 11 ve 12. maddelerinden öngörülen çocuklar hakkında koşulları bulunmak kaydıyla korunma kararı vermekle görevli olduklarını gerek yönetsel ve gerekse yargısal mercilere duyurması en halishane dileğimizdir.

ccc- Korunma Kararının Süresi:

Yetkili ve görevli mahkemenin verdiği korunma kararı esas itibarıyla çocuğun reşit (MK mad. 11 (88) ve 12) olmasına kadar devam eder (SHÇEK.K. mad. 24/I). Ancak, koruma kararının alınmasına neden olan genel ve özel koşullardan birisinin ortadan kalkmasıyla, kurum yetkilisinin önerisi üzerine yetkili ve görevli mahkemenin kararıyla çocuk henüz reşit olmadan da kaldırabilir (SHÇEK.K mad. 24/I. ikinci yarım c). Buna karşın, ortaöğretime devam edenlerin yirmi, yükseköğretime devam edenlerin yirmibeş (SHÇEK. K. mad. 24/I, a bendi 1-2. alt bendi), iş ve meslek sahibi olacak çocukların kendi kendilerine yeterli olmalarını sağlamak için yirmi yaşına kadar (SHÇEK.K. mad. 24/I. b. bendi) ve bedensel, zihinsel ve ruhsal sakatlıkları nedeniyle süreli bakıma muhtaç durumda olan çocuklarda bu durumun devamı süresince (SHÇEK.K. mad 24/II, c bendi), çocuğun kendisinin rızası alınarak, kurum yetkililerinin önerisi üzerine yetkili mahkeme kararıyla korunma kararı uzatılır.

(23) Buna karşın Yargıtay bir kararında aynen "Zira anılan madde sözü geçen "mahkeme" sözcüğü, asil mahkeme olarak "asliye hukuk" mahkemesini amaçlamaktadır." dedikten sonra yine aynen "27.5.1983 gününden itibaren çocuk mahkemesi olmayan yerlerde korunmaya ilişkin kararlarda, asliye hukuk mahkemesi görevlidir" demektir. (2HD. 8.7.1993 t. ve E. 50-13, K.6061 s. K. (YKD. 1993, cilt 19, sayı 10, s. 1562)) ÇMK. 14/II fıkrasında 25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı Kla yapılan değişiklikle sanki çocuk mahkemelerine, 1988 yılından itibaren yeni bir görev verilmiş gibi, çocuk mahkemelerinin bulunduğu illerde SHÇEK.K. öngördüğü şartlar içinde korunma kararların alınması veya alınmış korunma kararlarının kaldırılması uygulamalarına başlanmıştır. Ankara Çocuk Mahkemesinde yapılan bir araştırmaya göre, onbeş yaşından küçük çocuklar hakkında; 1991 yılında 172, 1992 yılında 183, 1993 yılında 167, 1994 yılında 168 ve 1995 yılında da 172 çocuk hakkında korunma kararı ÇMK. 14 maddesinin II. fıkrasıyla SHÇEK.K. 3 ve 22. maddelerine göre alınmış ve kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, s. 89.

(24) Yukarıdaki dipnotu 15 de bahsedilen kararlar.

ççç- Korunma Kararının İçeri:

Korunma Kararının içeriği hakkında ne SHÇEK.K'de ve ne de KMÇY. hüküm bulunmaktadır. Mülga 6792 Nrlı K. 3. maddesinden ve bu kanunun 29. maddesine göre çıkarılmış talimatnamenin 4. maddesinin d bendinden ve hukukun genel ilkelerinden (HMUK. 382 ved. maddeler) yararlanarak yetkili ve görevli mahkemenin verdiği korunma kararının içeriğinde özellikle şu hususların belirtilmesi gerekir.

1. Hakim, korunma kararında, yaşını, cinsiniyetini, bedensel ruhsal ve zihinsel yapısını ve benzerlerini, örneğin yetiştiği ortam, okuldaki durumu, toplumsal ilişkileri gibi özelliklerini dikkate alarak çocuğun, kurumun gözetim ve denetimi altında (SHÇEK.K. mad. 23) bir koruyucu aileye verilmesini veya kurum tarafından kurulmuş olan kurum ve kuruluşlara yerleştirilmesini belirtmelidir.

2- Hakkında korunma kararı verilen çocuğun, varsa mal varlığının kimin tarafından idare edileceğinin (MK.346-438.mad), SHÇEK. tarafından yapılan önerileri de dikkate alarak hakim kararında belirtmelidir.

3- Ana-babadan veya bunlardan birinden velâyetin kaldırılmasının gerekip gerekmediğine, veya çocuğun vesayet altına alınıp alınmayacağını (25) ve bütün bu hallerde varsa ana-babası veya yalnız bunlardan biri ile veya diğer aile bireyleriyle kişisel ilişkilerinin nasıl olacağını kararında hakim belirlemelidir.

4- Hakkında koruma kararı verilen çocuğun ana-babası veya bunlardan biri sağ olupta yardım edebilecek durumda ise, kararında bunların, çocuğun devlet tarafından bakımına ne miktarda iştirak edeceğini MK. (277, 306, 315-317 maddeleri) hükümlerine göre belirtmesi gerekmektedir. Zira, SHÇEK.K "Dava Açma" kenar başlığı altında 30. maddesinde ve onu teyiden ÇMK. 33, maddesinin II. fıkrasında aynen "kurum kendisine yardımda bulunduğu kişiler (inceleme konumuz bakımından çocuklar) için Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafaka ile yükümlü bulunanlar hakkında dava açmak hakkına sahiptir"

(25) SAYITA (Usta), Sevgi, Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile Yanına Yerleştirilmesi, (yayımlanmamış İst. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi) İst-1995 s. 78-81'de)nin belirttiği gibi, korunma kararının verilmesiyle, hukukumuz bakımından, ipso jure çocuk vesayet altına alınmaz. Yargıtayın bir çok kararlarında ve Adalet Bakanlığının değişik tarihli mütealaaalarında (bu hususta Bkz. dipnotu 20 daki açıklamalar) belirtildiği gibi kararını icra edecek merciin, durumu yetkili Sulh Mahkemesine (MK. 363) bildirecek, çocuğa vasi tayini istemesi gerekir. Ancak, 6972 Nrlı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun hükümlerine göre, korunma kararını alma görevi sulh mahkemelerine ait olduğundan, vasi tayini için böyle ikinci bir işleme ihtiyaç bulunmuyordu. Çünkü korunma kararını veren yetkili sulh mahkemesi, gerekiyorsa çocuğa korunma kararıyla birlikte bir de vasi tayin ediyordu.

hükümünü içermektedir.

ddd- Korunma Kararına İtiraz ve Üst Yargı Yoluna Başvurma:

Korunma kararına kimin ve nasıl itiraz edebileceği ve üst yargı yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir düzenlemeye SHÇEK.K. da rastlanmamaktadır. Bu nedenle sorunun, hukukun genel ilkeleriyle 8.4.1340 t. ve 469 Nrlı. "Mehakimi Şer'iyeninin İlgası ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanunun, 825 Nrlı, Kanunla değişik 3. maddesi hükümlerine göre, açıklığa kavuşturulmasında zorunluluk vardır.

SHÇEK.K. 22. maddesine göre yetkili ve görevli mahkemenin verdiği korunma kararı hukuksal niteliği bakımından, değişik bilimsel sınıflandırmalar içinde yer alan "ihtilafın ve subjektif hakkın yokluğu" ve "önleyici tesir" ölçütlerine göre "Çekişmesiz Yargı (Nizasız Kaza (yargı) işlemidir (26). Değişik Kanunlardaki münferit hükümler, örneğin, yasal (kazai) rüşt (MK. mad. 12), gariplik kararı (MK. mad. 31-34), evlenmeye izin (MK. 88/II) veraset ilanı (MK. mad. 358) (27) bir tarafa bırakılırsa, bugün memleketimizde Çekişmesiz Yargılama Usulleri'ni düzenleyen genel bir kanunun yokluğu literatürde ve uygulamada korunma kararına itiraz edilip edilmeyeceği ve kabili temyiz olup olmayacağı hususunda değişik fikirlerin ortaya atılmasına neden olmuştur (28).

Genellikle kabul edildiğine göre, çekişmesiz yargı kararlarına, her hangi bir müddete bağlı olmaksızın ilgililerce itiraz edilebilir. Çünkü, çekişmesiz yargı kararları ne maddi bakımından ve ne de biçim bakımından kesin kararlar değildir (29). O halde, SHÇEK.K. 22. maddesine göre yetkili ve görevli mahkeme tarafından verilen korunma kararları, kararın dayandığı sebeplerin olmadığı veya haksız olduğu, yetkili veya görevli mahkemece alınamadığı kararın verilmesinden sonra yeni sebeplerin ortaya çıkması gibi hallerde ilgililerin itirazı üzerine değiştirilebilir (30). İtiraz, ilgililer tarafından korunma kararlarını veren yetkili ve görevli mahkemeye yapılır ve itiraz o mahkemece sonuca bağlanır (31).

Üzerinde durulması gerekli hususlardan biri de, yetkili ve görevli asliye hukuk mahkemesinin itirazı sonuca bağladığı kararına karşı üst yargı yoluna yani

(26) Bu hususta ve özellikle bilimsel sınıflandırmalar hakkında geniş bilgi için bkz. KURU, Baki; Nizasız Kaza. Ank. 1961, s. 45 vd. ve orada dipnotu 1 de belirtilen yayınlar ile özellikle çekişmesiz yargıyı, diğer yargı türlerinden ayıran ölçütler için bkz. s. 15-34; KURU-ARSLAN-YILMAZ. s. 61-63.

(27) Diğerleri için bkz. KURU, 78.

(28) Değişik görüşler için bkz. KURU, 119 ved.

(29) KURU, 177 ve 180

(30) KURU, 188 ved. ve s. 189 da dn. 69 da belirtilenler.

(31) KURU. 199

Yargıtaya gidilip gidilmeyeceği hususudur. Genellikle, bazı istisnaları (32) hariç, ilk (bidayet) mahkemelerinin çekişmesiz yargıya ilişkin verdikleri kararlara, dolayısıyla asliye hukuk mahkemesinin verdiği korunma kararına ilişkin itiraz hakkında ittihaz ettiği kararına karşı Yargıtaya baş vurulabileceği kabul edilmektedir (33). Ancak, Yargıtay, eski bir kararında, açıklanması zor bazı düşünceler altında, bazı çekişmesiz yargı kararlarının kesin kararlar olduğu nitelendirilmesini yaparak, onlar aleyhine Yargıtaya gidilemeyeceğini karara bağlamıştır (34). Daha yeni kararlarında (35) aksi fikri benimseyerek, Yargıtay yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir.

III. KORUMA TEDBİRLERİ

A- Genel Olarak

"Koruma Tedbiri" kavramını açıklayabilmek için herşeyden evvel, üst kavram olan tedbir kavramı üzerinde durmak gerekir. "Tedbir" sözcüğü, sözlük anlamında, ileriye, geriye görebilme, işin sonuçlarını hesaplayabilmeyi ifade eder. Genellikle kabul edildiğine göre, "bir işin veya durumun olumlu veya olumsuz sonuçlarını düşünerek, o işin veya durumun doğuracağı olumlu sonuçların nedenlerini hazırlamak veya olumsuz sonuçların nedenlerini ortadan kaldırmak için teşebbüse geçmektir" biçiminde tanımlanmaktadır (36).

Tedbir kavramının alt kavramlarından biri ve inceleme konumuz olan "koruma tedbiri (kararı)" geniş anlamda yargı veya yönetsel mercilerin, çocuğun güvenliğinin gerektirdiği olumlu sonuçların nedenlerini hazırlamak veya olumsuz sonuçların nedenlerini ortadan kaldırmak için teşebbüse geçmelerini ifade eder. Bu bakımdan da, tedbir ana kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılır (37).

(32) Örneğin, TK. mad. 299/IV. mad. 249/I, 1048/II ve 16.7.1943 t. ve 4473 Nrlı. Yangın, Yersarsıntısı, Seylap veya Heyelan Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziyaa Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanun 11. maddesi.

(33) 8.4.1340 t. ve 469 Nrlı "Mehakime Şer'iyenin İlgası ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muadil Kanun'un 26.4.1926 t. ve 825 Nrl.K. değişik 3. maddesi son yarın cümlesinde bu hususu teyiden ve aynen "kanuna tevfiikan kabili temyiz olmak üzere.." ifadesini kullanmaktadır.

(34) Yar. 2. HD. 27.11.1953 t. ve E. 1061-K. 1033 s. Kararında (ERSOY, Rifat, Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Ank. 1967. (Kuru. s. 210 dn. 39 dan naklen)

(35) Yar. 2. HD. 28.2.1994 t. ve E. 1589-K.2152 sayılı K. (RG,5.5.1994 t. ve 21925 sayılı s. 14 ved.)

(36) Benzer tanımlar için bkz. ŞEMSETTİN Sami, Temel Türkçe Sözlük (Sadeleştirilmiş ve genişletilmiş "Kamus-i-Türki (Tercüman Gazetesi Yayını) 2. cilt, s. 1325. ŞAFAK, Ali; Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ank-1992, "Tedâbir" sözcüğü s. 586; Büyük Lugat ve Ansiklopedi (Meydan-Larouse) 12. cilt İst-1973, s. 2

(37) Tedbirlerin ceza hukuku bakımından, "önleyici tedbirler" ve "koruyucu tedbirler" ayrımı hk. ayrıntılı bilgiler için bkz. AYDIN, Öykü Didem: Emniyet Tedbirleri, Yayınlanmamış AÜSBE Yüksek Lisans Tezi; Ank-1993-s. 86 ved.

B- Hakkında Koruma Tedbiri (kararı) Alınacak Kimseler:

Koruma tedbirleri (kararı), inceleme konumuz bakımından, güvenliği (38) yani somut bir durumda maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü ile sosyal, kültürel hakların ve eğitim ve öğretiminin korunması ve gelişmesi tehlikede olduğu yani savsaklandığı, tecavüze uğradığı, suistimal ve istismar edildiği ve benzeri teşebbüs ve ihlallerle karşı karşı kalan her çocuk hakkında alınabilir (39).

C- Korunma Tedbirinin (kararının) Alınmasında Yetkili Olanlar:

1- Yönetmel Merciler

Değişik kanun ve tüzük ile yönetmenliklerde, yönetmel mercilerin, çocuğun güvenliğinin gerektirdiği hallerde koruma tedbirleri alabileceklerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, 2828 Nrlı SHÇEK.K.22. maddesinin II. fıkrasında ve ÇMK. 16 maddesine göre, hakkında derhal ve ivedi korunma tedbiri alınmasında zorunluluk bulunan çocuklar, hakkında yetkili ve görevli mahkemece korunma kararı verilinceye kadar, en büyük mülkî amirin onayıyla SHÇEK. kuruluşlarında veya inceleme sonucunda uygun bulunan aileler yanında barındırılır (40). 24.04.1930 t. ve 1503 Nrlı "Umumi Hıfzıssıhha Kanunu"nun (41) 3. maddesinde çocuk ve gençlik ve okul hıfzıssıhhasına ilişkin tedbirler, 166 maddesinde oniki yaşından aşağı çocukların yanlarında ana-babası veya velileri olduğu halde meyhanelere girmelerine veya aynı maddede onsekiz yaşından aşağı gençlere her nevi içki verilmemesinin ve satışının yasaklanmasına ilişkin tedbirleri, (42) 4.7.1934 t. ve 2529 Nrlı "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu" (43) ve bu kanuna göre çıkarılmış Tüzük (44) hükümlerine göre, polis, yardıma muhtaç çocuklara yardımın, sokaklarda dolaşan ve oturduğu yeri haber vermekten aciz çocukların kanuni mümessillerini araştırmanın ve bulununcaya kadar çocukları sosyal yardım kurumlarına veya mahalli belediyelere teslim ge-

(38) Literatürde "Güvenlik İlkesi" veya "Çocuğun Güvenliği" olarak adlandırılan kavram hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. AKYÜZ, Emine; Medeni Kanuna göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması Ank-1983, s. 55 ved; AKYÜZ, Emine: Çocuğun Güvenliği Sorununu, Ank-1989, s. 7 ved. HEGNAUER, Cyril: Kommentarzum ZGB (Berner Kommentar) Bd II, Familienrecht, 2 Abteilung, Die Verwandtschaft, I Teil Band Die Entstehung des Kin- dervershaeltnisse Art. 252-269 Bern-1984, Art. 264, Nr. 58.

(39) 1982 Anayasamızın 19. maddesinin II. fıkrasında, özellikle sanıklar, suçlular veya toplumsal yaşama maddi veya manevi rahatsızlıklar getirme ihtimalleri dikkate alınarak, bazen ilgili kişiler yararına veya bazen toplum yararına, "şekil ve şartları kanunlarla" belirtilen korunma tedbirlerin alınacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.

(40) Yukarıda b-, bb-, 11, aaa-s. 5 bkz.

(41) RG 6.5.1930 t. ve 1489 sayılı

(42) Bu örneklerin ayrıntıları ile diğer örnekler için bkz. İNAN, Çocuk Hukuku s. 61 ved. AKYÜZ, Çocuğun Güvenliği, s. 34 ved, ve özellikle s. 49 ved. 91 ved. 107 ved. 118 ved.

(43) RG. 14.7.1934 t. ve 2751 sayılı

(44) RG. 25.4.1938 t. ve 3890 sayılı

rektirdiği, kadın ve genç erkeklere söz atanlar, sarkıntılık edenlere veya genç kimseleri her türlü ahlaksızlıklara yöneltenler hakkında gerekli koruma tedbirlerini alır (45).

2- Yargı Mercileri:

Çocuğun güvenliğinin her sebeple olursa olsun bir tehlike gösterdiği durumlarda yargı mercileri de şekil ve şartları genel veya özel olarak kanunda belirlenmiş koruma tedbirlerini (kararlarını) alabilirler. Bu koruma tedbirlerine, mevzuatımızdan şu örnekleri göstermek mümkün olmaktadır. MK. 148. maddesinde ön görülen boşanma veya ayrılık kararı verildikten sonra, velâyetin kullanılması, ana-baba ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkilerin gerektirdiği, MK. 175. maddesinin 1. bendindeki, koca (baba), akdî bir mal rejimi kabul etmiş olsalar bile, çocukların infak ve iâşesinde ihmalkârlığının tesbitinde mal ayrılığına karar verme, MK. 272, 273, 274, 275, 276, 285, 298 ile ÇMK. 20/III, 21. maddeleriyle diğerlerinde (46) öngörülen koruma tedbirlerini (kararlarını) yetkili ve görevli yargı mercileri (mahkemeler) alabilirler.

III. EMNİYET TEDBİRLERİ

A, Genel Olarak

Tedbir ana kavramının diğer bir alt kavramı da "emniyet tedbirleri" kavramıdır. "Haklarında genellikle ceza kovuşturması yapılamayan ve dolayısıyla cezalandırılması imkanı olmayan yani istinad yeteneğinin bulunmadığı hallerde failin fiilinin toplumda arzettiği tehlike dikkate alınarak uygulanan ve fail tarafından yeni fiiller (suçlar) işlemesini önlemeye ilişkin ceza hukuk yaptırımı olan tedbirlere "emniyet tedbirleri" denir (47).

Tetkik konumuz içinde kalan TCK. 53/II fık. ve ÇMK. 11/II fık. göre, "onbir yaşını doldurmamış çocuğun"… fiili kanunen bir seneden ziyade hapis cezasını ve daha ağır bir cezayı" gerektiren bir durumda ise, çocuk hakkında rücuu (dönülmesi) mümkün olan (TCK: mad. 53/II, ÇMK: 17) emniyet ted-

(45) Diğer örnekler için Bkz. İNAN, Çocuk Hukuku, s. 54-61 ve İçişleri Bakanının (dahiliye Vekili'nin "Fuhuşla Mücadele Kâhında Tamimi (Adliye Ceridesi, sene 8, sayı 96 temmuz 1930 (İst. 1930), S? 5738 ved.

(46) Diğer tedbirler ve ayrıntılı bilgiler için bkz. İNAN, Çocuk Hukuku, s. 139 ved. İNAN Ali Naim, Medeni Hukuk Bakımından Ana-Baba Çocuk İlişkileri, Prof. Dr. Hâmide Topcuoğlu'na Armağan, Ank-1995, s. 24 ved; AKYÜZ, Çocuğun Güvenliği s. 49 ved; BAKTİR, Selma: Velâyet Hukuku, Dokuz Eylül Ü. ÜB. F. (yayınlanmamış Çalışma) İzmir-1995, s. 82 ed.

(47) Diğer tanımlar ve ayrıntılar için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, II. cilt. Nr. 1343. s. 691, HAFİZOĞULLARI, Zeki: Emniyet Tedbirleri, AÜSBF. Der. 46. cilt sayı 3-4 (haziran-aralık 1991) Ank-1991, s. 45 ved, ÖZTÜRK, Bahri; Ceza Hukuk ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 2. baskı. Ank-1994, s. 314 ved: AYDIN (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 120 ved. Emniyet tedbirlerinin ceza hukukunun bir müeyyidesi olup olmadığı hk. bkz. HAFİZOĞULLARI, s. 48 ved.

birlerinin (48) alınmasını amir bulunmaktadır. Bu emniyet tedbirleri, savcının talebiyle mahkemece (TCK:53/II fık. göre. Mahkeme Başkanınca) alınır (49).

Emniyet tedbirlerinin süresi, gerek fiili işlediği zaman onbir yaşını doldurmamış çocuklar hakkında, gerek TCK. 53/II veya ÇMK. 15. maddesine göre haklarında emniyet tedbiri alınan çocuklar hakkında, tedbiri gerektiren sebebin ortadan kaldırılmasında veya engeç çocuk onsekiz yaşını bitirine kadar devam eder. Emniyet tedbirlerinden Savcının veya kendisine teslim edilen kimsenin veya yerleştirildiği kurum yetkililerinin teklifi veya resen kararı alan mahkemece emniyet tedbirinden rücu etmek (dönmek) (TCK. 53/II) veya emniyet tedbirini kaldırmak (ÇMK:17) mümkün olduğu gibi emniyet tedbirini değiştirebilir (ÇMK:17). Ancak, ivedi hallerde tedbirlerin değiştirilmesine emniyet tedbirini alan mahkemeden başka, çocuğun bulunduğu yerdeki Çocuk Mahkemesi de geçici tedbirler niteliğinde olarak emniyet tedbirleri alabilir ve bu durumu emniyet tedbirlerini alan mahkemeye bildirir ve nihai kararı emniyet tedbirini alan mahkeme verir. (25.2.1988 t. ve 3412 Nrlı K. değişik ÇMK 17 maddesinin II fık.) ÇMK 27. maddesine göre emniyet tedbiri veren mahkemeye en yakın çocuk mahkemesine itiraz edilebilir. Ancak, 15 yaşını bitirmiş ve onsekiz yaşını bitirmemiş çocuklar, mer'i ÇMK ve TCK 53, 54. madde kapsamı içinde olmadığı için bunlar hakkında TCK 55. maddesine göre işlem yapılacaktır. Zira kanun

(48) Hukuk literatüründe, emniyet tedbirleri, istinad yeteneği olmayan kimseler için, TCK. 46. maddesinde öngörülen "muhafaza ve tedavi altında bulundurma," TCK. 53/II ve ÇMK: 10. maddesinde öngörülen "ana-babaya, vasiye, akrabaya teslim, güvenilir aileye, çocuk yuvasına, yetiştirme yurdunda yerleştirme" gibi uygulanan emniyet tedbirlerine "Doğrudan doğruya uygulanan emniyet tedbirleri" ve cezai sorumluluğu tam veya kısmen olanlar için, Cezaların infazı Hk. K. 4. maddesinde ön görülen "bazı faaliyetlerden veya meslek ve sanattan men" TCK. 437. maddesinde öngörülen "velâyet veya vesayetin kaybı", Karayolları Trafik K. 119 ve Cezaların infazı hk. K. 4. maddelerinde öngörülen "Bazı ehliyetlerin veya ruhsatların bir aydan bir yıla kadar geri alınması" gibi tedbirlerden, verilen cezalar yanında cezayı tamamlayıcı olarak uygulanan emniyet tedbirlerine "Dolaylı Uygulanan Emniyet Tedbirleri" (1989 tarihli TCK. öntasarısı, emniyet tedbirlerinden dolaylı uygulanan emniyet tedbirlerini "güvenlik tedbirleri" başlığı altında 7. bölümde 93-98 maddeler arasında düzenlerken, 35. maddesinde akıl hastaları, 112. maddesinde yaş küçüklüğü bakımından doğrudan doğruya uygulanan emniyet tedbirlerini düzenlemiş bulunmaktadır. Bkz. Türk Ceza Kanunu öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme sonunda Hazırlanan Metin, Ank. mart 1989. s. 41 ved. ve 252 ved. ve s. 15 ved. 50 ved. s. 188 ved. s. 265 ved) adı verilerek ikili bir ayırım içinde (Geniş bilgiler için bkz. ÖZTÜRK s. 341 ved) veya TCK 4647, 48,53 ve 54. maddeleri ile ÇMK. 11 ve 12. maddelerinin matufu olan 10 maddesinin 3-5 bendlerinde öngörülen emniyet tedbirleri "Kişiyi Özgü (ilişkin) Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Emniyet Tedbirleri" olarak ele alınırken, TCK. 36. maddesinde öngörülen "müsaderelere" emniyet tedbiri "Mala Özgü (ilişkin) Emniyet Tedbiri olarak adlandırılıp üçlü bir ayırım (AYDIN, (yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 122-134) içinde de incelemektedir. TCK. ve Türk Mevzuatlarındaki diğer emniyet tedbirleri hk. bkz. HAFİZOĞULLARI s. 50 ved. ve 55 ved.

(49) AYDIN (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 149; Adalet Bakanlığının İzmir C.M.U (Savcılığına) gönderdiği Mütelaaleleri, Adliye Ceridesi, sene 9, sayı 105 (Nisan 1931) s. 476.

koyucu bu dönemdeki çocukların istinad yeteneğine sahip yani farik ve mümeyiz olduklarını kabul ederek, haklarında kovuşturma ve indirimli ceza uygulaması yapılabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak bu dönemde bulunan çocuklar için istinad yeteneğinden gerçek yoksun olmasına yaş sebebi etkili olmayacak, burada istinad yeteneğinin akıl hastalığı sebebiyle tamamen ortadan kalkmasına veya azalmasına göre TCK 46 ve 47. maddelerine göre işlem yapılacaktır (50). TCK 46 maddesine göre "fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilmez" Ancak, aynı maddenin II. fıkrasına göre, "bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında sulh hakimi, ilk tahkikatta sorgu hakimi ve son tahkikatta vazifeli mahkeme tarafından karar verilir." III. fıkrasına göre de bu emniyet tedbiri, "şifa bulana" kadar devam eder. Ancak "sanığa istinad edilen suç, ağır hapis cezasını müstelzim ise, bu süre bir seneden az olamaz."

Emniyet tedbirlerini ilişkin kararlar temyiz edilmez (51). ÇMK 28. Çocuk Mahkemelerince verilen kararlar aleyhine ancak esas hükümlerle birlikte temyiz yoluna başvurulabilir.

B- Çocuklar Hakkında Uygulanacak Emniyet Tedbirlerinin Türleri

Gerek TCK gerek ÇMK yukarıda belirtilen hükümlerine göre çocuklar hakkında iki tür emniyet tedbiri uygulaması yapılır (52):

1. Çocuğun ana-babaya veya vasiye yada bakıp gözetmeyi üzerine alan akrabadan birine teslimi yahut güvenilir bir aile yanına yerleştirilmesi:

TCK 53/II ve ÇMK onuncu maddesinin bir ve ikinci bendlerine göre, çocuk fiili işlediği zaman onbir yaşını tamamlamamış ve fiilinin kanunen cezası bir yıl hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa çocuk ana-babaya birlikte ya da yalnız bunlardan birine veya vasiye yahut güvenilir bir akrabasına teslim edilir veya güvenilir bir ailenin yanına yerleştirilir. TCK 53. maddesinin II. fıkrası hükmü halen yürürlükte olduğuna göre, kanaatımızca, bu kimselere, çocuğa te-

(50) DÖNMEZER-ERMAN II Cilt. Nr. 865, s. 201 vd. ve Nr. 876 bis. 216 ved.

(51) DÖNMEZER-ERMAN, II. Cilt. Nr. 1614 dd. s. 892 ve orada dn. 48 de belirtilen Yargıtay kararları ve yazarlar "Yargıçın, önleme tedbirleri uygularken yaptığı faaliyet de şekli anlamda yargısal bir faaliyet" olduğu gerekçesiyle aksi fikir; AYDIN, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi s. 244.

(52) Mukayeseli ceza hukuk literatüründe küçüğün "azarlanması", "ailesine (veli veya vasiye) verilmesi", "başka bir aileye verilmesi," "resmi veya özel bir kuruma yerleştirilmesi" ve "denetimli serbesti (koruyucu terbiye=Education protectrice)* gibi tedbirlerin bir kısmı "Eğitici Tedbirler", diğer bir kısmı da "bedeni ve ruhi özürleri dolayısıyla özel bir tedavi ve rehabilitasyon'u gerektirecek" gibi tedbirlerle de "Sağlık Tedbirleri" adı verilmektedir. Geniş ve özellikle mukayeseli hukuk bakımından ayrıntılı bilgiler için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, II cilt. Nr. 1587-1590, s. 877ved.

keyyüt (özende) ve nezarete (gözetimde), teseyyüp (özensizlik) veya ihmalleri (savsaklamaları) nedeniyle çocuğun bir cürüm işlemesine meydan vermeleri halinde 3.600 (3506 Nrlı Kanunla 180 misli artırıldığından) TL'na kadar para cezası ile cezalandırılacakları ihbarı yapılmalıdır. (TCK. 53/II). Bu kimseler 26.4.1926 t. ve 825 numaralı ceza kanununun mevkii Mer'iyete Vazına Dair Kanun (Meriyet K.) un 16. maddesinin II. fıkrasına göre düzenlenecek taahhüdnameyi Savcılığa vermekten imtina edebilirlerse de, bunlardan ana-babalar ve velâyetin hem bir hak ve hem de bir yükümlülük (MK. 263 ve 264 mad.) (53) olduğu gerekçesiyle, ana-baba tedip hakkına sahip olurken (MK. 267. mad.) aynı zamanda çocuğun şahsına takayyüt (özen) gösterme (MK. 269/I, 2. cümlesinin matufu MK. 353 mad) yükümlülüğü altında olduğundan çocuğun kendilerine tesliminden imtina edemezler (54).

2. Çocuğun Bir Kuruma Yerleştirilmesi:

Bu Kurumları, dört grupta incelemek mümkündür.

a- Barınmasını sağlayan kurumlara yerleştirmek

TCK. 53/II. fık. ve ÇMK 10. maddesinin 3, 4 ve 5. bendleri hükümleri, haklarına kovuşurma ve ceza uygulaması yapılamayan çocuklar, fiili işlediği zamanda onbir yaşını doldurmamış ve kanunen fiilinin cezası bir yıl hapis cezası veya daha ağır bir ceza gerektiriyorsa, (55) ana-babasına veya güvenilir yakın bir akrabasına veya bir aileye verileceği yerine devlet tarafından yönetilen veya devlet tarafından denetlenen bir kurum veya kuruluşa da yerleştirilmesine imkan vermektedir.

Çocuk, ibate (barındırma), iaşesi (yedirilip-içirilmesi) ve giydirilmesiyle eğitim ve öğrenimini sağlayan ve devlet tarafından yönetilen (SHÇK: K 22/1) sosyal hizmet kurumlarına yani çocuk bakım (56) ve yetiştirme yurtlarına (57) ile benzer resmi kuruluşlarla SHÇEK: K. 35. maddesine göre denetimi devlet ta-

(53) HEUGNAUER, Art. 273 NR. 60-70, Protokoll der Experten kommission zum ZGB. Bern-1901-1903, s. 67, Protokoll derstanderrätlichen und der natuonnalraetlichen Kommission für die Revision des Kindersrechts, Brn- s. 168, AKYÜZ, Çocuğun Güvenliği, s. 34.

(54) EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, II. Cilt Genel Hükümler, 5. bası, Ank. 1960, s. 64, B. s. 320

(55) ÇMK. 10 maddesindeki tedbirler, 12. madde öngörülen, fiili işlediği zaman onbir yaşını bitirmiş olupta onbeş yaşını doldurmamış çocuklardan ÇMK. 20. maddesine göre yapılan sonucunda küçüğün işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneği, yani TCK. 53. maddesinin kullandığı deyişle "fariik ve mümmeyyiz olmadığı" anlaşılıp haklarında ceza uygulaması gerekmeyen çocuklar hakkında kavuşurma yapılır yani duruşma ve yargılama bir hükümle son bulduktan sonra emniyet tedbirleri uygulanabilir. (ÇMK. 12/1). Krş. DÖNMEZER-ERMAN, II. cilt, Nr. 1615 s. 893 ve orada dn. 49 daki Yargıtay kararları

(56) Krş. Kreş ve Gündüz Bakımevleri Yönetmeliği, (RG. 3. 12. 1983 ve 18240 sayılı); Çocuk Yurtları Yönetmeliği, (RG. 19.11.1984 t. ve 18580 sayılı)

(57) Krş. Yetiştirme Yurtları Yönetmeliği (RG. 1.10.1984 t. ve 18532 sayılı)

rafından yapılan özel sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarına mahkeme kararıyla yerleştirilir.

b- Meslek ve San'at Sahibi Olmasını Sağlayacak Kuruma Yerleştirmeler:

Bakımı, yedirilmesi içirilmesi, ve giydirilmesi ya ana-baba ya da onlardan biri veya onlara benzer kişilerce yahut çocuk bakım veya yerleştirme yurtlarında sağlanan çocuklar bir meslek veya san'at sahibi olmak üzere genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, bankalar KİT (BİT) ler, ve bunların ortaklıkları tarafından kurulmuş fabrika kurum ve kuruluşlardan ziraat işletmeleri veya benzeri işyerlerine yerleştirilebilir. (ÇMK. 10. maddesinin 4. bendi) (58).

Kanaatımızca güvenli olmak kaydıyla aynı amaçla yani çocuk, bir san'at veya meslek sahibi olmak üzere çırak olarak, çırak yetiştirme yetkisi (usta-öğreticilik belgesi) (5.6.1986 t. ve 3308 Nrlı Çıraklık hem meslek eğitim K. mad 31.) (59) olan bir usta yanına da yetiştirilebilir. (SHÇEK K. 10. madde 4. bend.)

c- Sağlık Kurumlarına Yetiştirilmek

Hakkında emniyet tedbiri kararı alınacak çocuk, gerek bedensel, gerek ruhsal bakımdan bir tedaviyi veya rehabilitasyonunu onu gerektirebilecek durumda ise ve bu durum bilirkişi raporu ile belirlenmişse mahkeme, çocuğun resmi veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yerleştirilmesine karar verebilir. (SHÇEK: K. 10. madde bend 5)

ç- Eğitimi Güç Çocuklara Özgü Kurumlara Yerleştirmek

Çocuk, eğitimi güç olan bir kişiliğe sahip olduğu bilirkişi raporuyla belirlenmişse, mahkeme kararıyla resmi veya özel eğitimi güç çocuklara özgü kurumlara yerleştirilir. (SHÇEK K. 10. madde 5. bend).

Bu son üç kurum ve kuruluşlarda çocukların barınmaları, yedirilip, içirilmeleri ve giydirilmeleri sağlanıyorsa başka deyişle yatılı kurumlarsa herhangi bir sorun yoktur. Buna karşın bir san'at veya meslek öğrenimi için çocuğun yerleştirildiği iş yeri, sağlık kurumu veya okul gündüzlü ise çocukların infak ve iaşeleri ile ibateleri yerleştirildikleri barınma kurumlarında veya ana-baba ya da bunlardan birisi, vasi, güvenilir bir akraba veya yanına yerleştirildiği aile tarafından karşılanacaktır. Kaldı ki SHÇEK K. 30. maddesine göre devlet (kurum), "kendisine yardımında bulunduğu kişiler için Türk Medenî Kanun hükümlerine göre nafaka ile yükümlü bulunanlar hakkında dava açma hakkına sahiptir."

(58) Krş. Korunmaya Muhtaç Çocukların İş ve Meslek Sahibi Olabilmeleri için İşyerinde Çalıştırma esaslarına ilişkin yönetmenlik (RG. 28.11.1983 t. ve 18235 sayılı).

(59) RG. 19.6.1986 t. ve 19139 sayılı; KARDUZ, Ali Rıza, Çıraklık Eğitim Merkezleri "üreten gençler" yetiştiriliyor, 9.7.1996 t. İI SABAH Gazetesi, s. 9.

FSEK'İN BAZI MADDELERİNİN DEĞİŞİKLİK TASARISI HAKKINDA GÖRÜŞLER

Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU (*)

GİRİŞ

I. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), 13.12.1951 tarihinde yürürlüğe girdi. Kanun hazırlandığı dönemde fikri haklar alanında en yeni ve gelişmiş düzenlemeler getirmiş ve uzun yıllar Türkiye'nin ihtiyaçlarının bir çoğunu karşılamıştır. Nevar ki, aradan geçen sürede yeni eser türleri ve bunları ekonomik açıdan değerlendirme imkan ve araçları ortaya çıkmış ve buna paralel olarak yeni uluslararası anlaşmalar yapılmıştır. Hiç şüphesiz bu arada Türk toplumunun fikri hayatındaki önemli gelişme ve değişikliklere de işaret etmek gerekir. İşte bu ve benzeri sebeplerle günümüz şartlarının gerisinde kalan Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu yeniden tedvin etmek zarureti doğmuştur. Ama kanun koyucu bunun yerine kanunda bazı değişiklik yapmayı tercih etmiştir. İlk değişiklik 1.1.1983 tarihinde kabul edilen "22936 numaralı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna İki Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun" ile yapıldı. Anılan 20 maddelik Kanun ile FSEK'in 2, 19, 20, 24, 38, 41, 42, 43, 44, 46, 71, 73, 75, 81 ve 82. maddeleri (ki toplam 15 maddedir) ya tamamen veya kısmen değiştirilmiştir. Aradan henüz 13 yıl geçmekle birlikte FSEK'in yeniden değiştirilmesi düşünülmektedir. Bu cümleden olmak üzere Kültür Bakanlığı'nca hazırlanan "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı" Başbakanın 15.6.1994 tarih ve B.02.O.KKG/101-597/01117 sayılı yazılarıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilmiştir. Tasarı, 30 maddeden ibaret olup, FSEK'in 2, 4, 6, 8, 11, 15, 17, 22, 23, 27, 29, 34, 38, 39, 42, 44, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 79, 80, 81 ve 82. maddelerinde (ki toplam 27 maddedir) değişiklik yapılması teklifini getirmektedir. Tasarı sunulduğu gibi kanunlaşarsa, 1983 de yapılan değişiklikler de göz önüne alındığında FSEK'de tam 42 madde değiştirilmiş olacaktır. Böylece FSEK'in yarıya yakın sayıdaki maddelerinde değişiklik ya-

(*) Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

pıldığı görülür. Öte yandan bu değişiklikler yapılırken kanunun sisteminin bozulmakta, terim birliği ortadan kalkmakta ve kanun ordan burdan rastgele alınan kurallarla yamalı bohça'ya dönüşmektedir. Hatta Türkiye'mizde henüz daha şimdilerde kök salmağa başlayan ve eser sahiplerinin haklarını korumada önemli mesafeler almış ve tecrübeler kazanmış meslek birlikleri ortadan kaldırılmaktadır.

Aşağıda üç konu üzerinde duracağız. Bunlar sırasıyla fikir ve sanat eserlerinin genel koruma süresi, tercüme serbestisi ve pay hakkı'dır. Makalemiz incelendiğinde görülecek ki, Tasarı bu konularda da günün gerisinde kalmaktadır.

II. FİKRİ HAKLARIN ZAMANLA SINIRLANDIRILMASI

Hukuk düzenimize göre malikin bir şey üzerindeki hakkı, mutlaktır ve en uzak akrabalara miras yoluyla bırakılabilir. Buna karşılık eser üzerindeki haklara zamanla ilgili çok önemli sınırlar konmuştur. Genel olarak eser sahibine tanınan mali hakların, eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl devam edeceği belirlenmiştir. (FSEK md. 26.5). Bu sürenin bitiminden sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan yararlanabilir (FSEK. md.26/1). Bundan böyle eser sahibinin mirasçıları, o andan itibaren, eserin başkaları tarafından kullanılması dolayısıyla gelir temin edemezler. Kanunumuz gözü açık, menfaatlerini iyi kollayan bir şahsın eserden yararlanarak kazanç elde etmesini önlemek için hiçbir tedbir almamıştır. Mesela bir yayınevi, koruma süresi geçtikten sonra eseri basarak çoğaltsa ve kendisinin koyduğu fiyattan satsa veya bir rejisör tiyatro eserini sahneye opera, operet ve sahne eserlerinden yüklüce para kazansa bile mirasçılara bedel ödemek zorunda kalmaz. Mirasçıların da olaylara seyirci kalmaktan başka yapacakları bir şey yoktur. Böylece koruma süresi içinde meşhur olmuş ve okuyucunun veya seyircinin takdirini kazanan kamuya mal olmuş eserler, eserden yararlanan çeşitli gruplar için özel ilgi ve gelir kaynağı teşkil etmektedir. Fikri haklar ile mülkiyetin bu şekilde farklı kurallara tabi tutulmasının çarpık sonucu, özel olarak güzel sanat eserlerinde belirginleşir. Bir tablonun maliki, tabloyu bir nesilden diğer bir nesile miras yoluyla bırakabilir, icabında evinin dört duvarı arasında gizleyerek kamunun yararlanmasını önler; girişi paralı sergiler düzenler; eseri, kopya etmek isteyenlere, fotoğrafını çekenlere göstermeyebilir. Esasen kanun, güzel sanat eseri maliklerine aksi bir mükellefiyet de tahmil etmemiştir. Eser, milli kültürün en meşhur türlerinden biri de olsa yukarıdaki kaide değişmez.

Oysa eser sahibinin mirasçıları, koruma süresi geçtikten sonra başkaları tarafından eserin kullanılması ve değerlendirilmesi için ücret isteme hakkından mahrumdurlar; aksine eseri kamuya ücretsiz sunmak zorundadırlar. Malikin ha-

kimiyet alanı aynı zamanda güzel sanat eserinde fikri muhtevayı da içine alacaktır. Kısaca söyleyecek olursak kanun, eser malikinin gayri maddi mal niteliğindeki güzel sanat eserlerinden gelir sağlamlasını önlememektedir. Hakkaniyet esaslarına ters düşen bu kanuni düzenlemenin acaba sebebi nedir? Fikir ve sanat eserlerinin bir süreyle sınırlandırılması, hiç şüphesiz halen tartışılan bir konu olmaktan çıkmamıştır.

1) Eser üzerindeki hakların sınırlandırılmasının sebebini elbette tarihi gelişimde aramalıdır. Eser sahibinin bu günkü durumunda eskiye nazaran iyileşme görülmektedir. Koruma sürelerinin uzatılması, eserden menfaat temin eden grupların direnmelerine karşı uzun mücadele sonucu sağlanmıştır. Uluslararası konferanslar mücadelelere gayret, sevk ve cesaret vermiştir. Eğer fikri hakların sınırlandırılmasında zaruret varsa, sınırlandırma yaparken mutlak surette eser sahipleriyle diğer grupların menfaatleri arasında adil ve ince bir denge kurulmalıdır.

2) Fikri hakları, şahsiyet hakkı olarak anlayan teori, eser üzerindeki hakları zaman açısından sınırlı saymaktadır. Zira eser sahibinin ölümü ile şahsiyeti ve şahsiyetine bağlı hakları son bulur. Gerçekten de ölen şahsın hatırası bile arkada bıraktıkları şahıslar tarafından belirli bir süre sonra unutulmaktadır. Gierke (1) şöyle söylemektedir: "Eser üzerindeki haklar, eser sahibinin ölümü ile kendi hayat gücünün fıskırdığı kaynağı kaybetmektedir. Onun günleri sayılıdır. Hak derhal sona ermez. Aslında bu mümkün de değildir. İnsanın ölümden sonra hemen unutulmasına tahammül edilemez. Ne var ki ölenin şahsiyeti, yakınları arasında özel bir canlılıkla varlığını bir müddet daha devam ettirir ve yakınları için ölenin hatırası kutsal ve korunmağa değer telakki edilir. Hiç şüphesiz bu durumu fazla sürmez."

Kısaca dokunduğumuz şahsiyet teorisine katılmak mümkün değildir. Çünkü eser üzerindeki hakları, sırf şahsiyet hakkı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Telif hukukunda eser sahibinin şahsiyetiyle birlikte mali hakları da korunur. Korunma bakımından eser sahibinin hakkı, bir şeyin malikinden farklı değildir. Çünkü eser sahibinin manevi hakları yanında mali hakları da korunmaya değer görülmektedir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakların aynı haklar gibi en uzak akrabalara miras yoluyla neden geçmediğini anlamak zordur. Ölen eser sahibinin şahsiyetinin mirasçılarının zihinlerinden zamanla silineceği doğrudur. Ama bu, eser sahibinin menfaatlerinin ve mirasıyla ilgili iradesinin daha az korunmaya değer olduğuna delalet etmez. Eser sahibi eserlerini kendinden sonra gelenlere hediye eder. Bu sebeple eserin yazıldığı şekliyle muhafaza edil-

(1) von Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, s. 768.

mesi hakkındaki arzusuna saygı duyulmalıdır. Zira o, eserinde ebedi yaşama sırrını yakalamış üstün insandır.

3) Eser üzerindeki haklarının sınırlandırılmasını savunanlardan bir kısmı da "belli bir zaman geçmesi ile fikir ürünlerinin bedelsiz kullanılması ve serbest olmasının milli kültürün zenginleşmesi bakımından kamu yararına olacağı" düşüncesinden hareket etmektedir. Heymann (2) "koruma süresinin sınırlandırılması milli bir arzudur. Sınırlamanın Alman Kültür seviyesini düşüreceğini sanmak ağır bir hatadır" demektedir. Buna rağmen Heymann, Wagner'in eserlerinin serbest olduktan sonra sahneye konmasının, tiyatroya giriş ücretlerini hiçbir şekilde ucuzlatmadığını da itiraf etmektedir. Aynı şekilde ilim, edebiyat, müzik eserlerinin çoğaltılması, sahneye konması veya icra edilmesi halinde maliyete çok az bir yük getirecektir. Bu da eserlerden yararlanma hususunda caydırıcı bir rol oynamaz. Bütün bunlar, telif haklarının mülkiyet hakından tamamen ayrı değerlendirmeye tabi tutulmasını haklı göstermez.

4) Bir başka görüş, telif haklarının aynı haklardan ayrı düzenlenmesinin sebebinin bu hakların mahiyetlerindeki farka dayandırıktır. Eser sahibi, eserini yaratırken kendinden önce gelen nesillerin ve çağdaşlarının kültürel hazırlıklarından yararlanır. Fakat eşya malikinin böyle bir imkanı yoktur. Kültürel hazineden yararlandığı ölçüde yaratıcılık kabiliyeti artar. Her yaratıcı nesil, kendinden sonra gelenler için de bir dayanak noktası teşkil eder (3). Bu meyanda eser, sahibinin özelliklerini taşımalıdır. Mülk edinme esas itibarıyla iktisaba dayanır. Mülkiyet hakkı mutlak ve ebedidir. Malik malını istediği gibi tasarruf eder, hatta en uzak akrabalarına bırakabilir. Telif hakkı eser sahibinin özelliğini taşıyan eserin yaratılmasıyla doğar. Eser sahibi, kamuya mal olmuş eserlerden yararlı olsa bile o eserine daima kendinden ve şahsiyetinden bir şeyler ilave eder. Telif hakkı sadece eserin eser sahibinin özelliğini taşımasından doğar. Zanaatkarlar da zanaatını icra ederken kendinden önce gelenlerce yapılan araç ve gereçleri kullanır. Mesela bir inşaatçı daha önce bulunmuş ev yapma tekniğinden yararlanır, ama yaptığı evi mirasçılara bırakabilir veya dilediği şekilde tasarruf edebilir. Babasından bankaya yatırdığı milyonlarca lira parayı iktisap eden oğulda hiçbir emek sarfetmez. Sarfetmez ama paranın da sahibi olur. Oysa eser sahibi kamu kültür hazinesini önünde hazır bulsa bile yaratacağı eserin daha önce belirtildiği üzere kendi özelliğini taşıması gerekir. Bundan böyle başka eserlerden yararlandı diye bir şahıs, haklarından mahrum edilmemelidir.

5) Kohler (4) eserlerin korunmasının zaman bakımından sınırını, eserin

(2) Heymann (Schmollers Jahrbuch) s. 121.

(3) Runge, K., Urheber-und Verlagsrecht, 1953, s. 120-121.

(4) Kohler, Schriftwerksrecht, s. 232.

zamanla kamu malı olma özelliğine bağlanmaktadır. Uzun yıllar unutulmayan bir eser, bütün insanların müşterek malı olur ve aynı zamanda milletin kültür unsurunu teşkil eder. Bundan böyle eserden, kamunun yararlanması önlenmemelidir. Eserde fikri muhteva, insandan insana geçer ve dolaşır. Fikri muhtevanın başkasından alınması veya alınarak işlenmesi doğrudur. Bu meyanda hangisinin şahsi, hangisinin yabancı düşünce olduğu ayırımına gidilmez. Fikri mahsuller, başka fikri mahsullere karışma ve eklenme eğilimini içinde taşır (5). Burada hangisinin şahsi, hangisinin yabancı düşünce olduğu ayırımı yapılamaz. Aslında kamu kültürü, herkesin eserleri ile katkıda bulunması suretiyle oluşur.

6) Görülüyor ki şimdiye kadar açıklanan ve izah edilen görüşler, telif haklarının zamanla sınırlandırılmasını haklı gösterecek, ikna edici bir delil bulamamıştır. Gerçek ve isabetli çözüme, telif haklarının mahiyetini gözönünde tutarak menfaatlerin dengelenmesiyle ulaşılabilir. Eserin iç ve dış yapısıyla bir defalık oluşu, ikame imkansızlığı mülkiyetten ayrı rejime tabi tutulmasını haklı kılar. Fiziki mallar ise tabiatta sınırsız ve çokça vardır. Daima bunların yerini diğer mallarla doldurmak mümkündür. Mesela Beethovenin 9. Senfonisi bir defalıktır ve aynısı bir daha yaratılamaz. Oysa bir elma yerine binlercesi ikame olunabilir. Öte yandan fikir ve sanat eserleri, ancak yaratıcı şahısların bulunmasına bağlıdır. Yaratıcının hür iradesi, esere hayat kazandırır. Eserin doğusunda, toplum içinde herkes yaratıcıya şükran borçludur. İşte bunun için eser sahibi eserinden yararlanacak şahıs/shahısları belirleme hakkını elde etmelidir. Bir eseri ibda edenin de dilediği gibi tasarruf edebilme kudretini ihraz etmesi tabidir. Eserden başkalarının yararlanması mutlaka münasip bir ücret mukabili olmalıdır. Başka bir deyişle eser sahibine ve onun mirasçılara mümkün olduğu kadar kapsamlı ve sınırlandırılmamış bir hak tanınmalıdır. Zira ahlak düzenimiz de aynı şeyi emretmektedir. Yaratıcının haklarının daha sonraki nesiller tarafından tizlikle koruma hissi zayıflar ve onlar için gaye sadece gelir elde etme olur. Bunun için kanun koyucu eserin koruma süresini eser sahibinin ölümünden itibaren 50 yıl ile sınırlı tutmuştur. Eser sahibinin çocuklarının ve hatta dul kalan eşinin 50 yıldan fazla yaşayacağını düşünerek bu sürenin uzatılması gereğine dikkatleri çekmek isterim. Mesela Alman hukukunda olduğu gibi 70 yıl olabilir. Yasa tasarısı, genel olarak öngörülen 50 yıllık koruma süresini muhafaza ederek, bu kuralı eser sahibinin tüzel kişi olması durumuna da teşmil etmiştir.

III. TÜRKÇEYE TERCÜME HUSUSUNDA KORUMA SÜRESİ

İlk defa Türkçeden başka bir dilde yayınlanmış olan bir bilim veya edebiyat eserinin Türkçeye çevrilmesi işleme sayılmıştır (FSEK.md.6;21;28).

(5) Ulmer, E., Urheber-und Verlagsrecht 1960, s. 6.

Ancak çeviriler bakımından kanunumuzda belirlenen koruma süresinin özelliği vardır. Türkiye, Bern anlaşmasının bir üyesidir. Bern anlaşmasına göre; üye bir devletin vatandaşı, üye bir ülkede yayımlanan eserinin koruma süresi geçmeden Türkçeye çevirerek yayımlanamamalıdır. Ancak Türkiye, Bern anlaşmasına katılırken, çeviriler bakımından çeviriye izin verme hususunu 10 yıl ile sınırlayan 1896 Paris tadili metnine katılmayı uygun görmüştür. FSEK.md.28'e göre ilk defa yabancı dilde yayımlanmış eserin 10 yıl geçmeden sahibinin izni alınmaksızın Türkçeye çevirisi serbest bırakılmıştır. Andığımız madde ile güdülen amaç, eseri yabancı dilde yayımlandıktan 10 yıl sonra da olsa telif hakkı ödemediği Türkçeye kazandırmak, böylece ülkenin kültürünün zenginleşmesine katkıda bulunmaktır.

Dünya Telif Hakları Anlaşmasına göre; telif haklarının devamı esnasında esas itibariyle eser sahibine eserin başka bir dile çevrilmesi hakkı bahşedilmiştir. Ancak anlaşma, akit devletlere, ilk defa yayımlandığı tarihten itibaren yedi yıl geçmesi ile eseri kendi dillerine çevirebilme müsaadesi vermektedir.

Kanaatimize göre zikrettiğimiz milli ve milletlerarası mevzuatta yer alan hükümlerin konmasının amacını izah çok zordur. Esasen Tasarı FSEK. 28. maddesini değiştirerek "ilk defa Türkçeden başka bir dilde yayımlanmış olan bir bilim ve edebiyat eseri, yayımlandığı tarihten itibaren 50 yıl içinde eser sahibi veya onun izniyle bir başka kişi tarafından Türkçeye çevirisi yapılarak yayımlanmamış ise 50 yılın geçmesiyle Türkçeye çevrilebilir" hükmünü öngörmüştür. Getirilen bu hüküm maalesef tatmin edici değildir ve Tasarıdan çıkarılmalıdır. Zira bir bilim ve edebiyat eserini Türkçeye çevirmek için neden 50 yıl beklemek gerektiğini anlamak zordur. En iyisi telif ücretini ödeyerek değerli eserleri Türk kültürüne kazandırmaktır.

IV. PAY HAKKI

Pay hakkı 1965 tarihli Alman kanununun 25-27. paragraflarında manevi ve mali haklar dışında yeni grup hak olarak öngörülmüştür. FSEK.'de ise pay hakkı, hükümete tanınan yetkiler arasında md. 45 ile hükme bağlanmıştır.

Kanunumuzdaki düzenleme, esas itibariyle koruma süresi içinde eser sahibine ya da mirasçılara munzam gelir temin etmek amacına yöneliktir. Pay hakkı, güzel sanat eserlerinin asıllarıyla, el yazısıyla yazılmış eserlerin asılları için öngörülmüştür. Bugün düzenlenmesi ve kapsamı ile maddede belirtilen kararnamenin çıkarılmamış olması eleştirilmektedir.

Biz "pay hakkı" kavramını daha geniş düşünerek serbest olmuş eserlerin herkes tarafından değerlendirilerek ekonomik gelir sağlayanlardan genç, yaratıcı ve kaabiliyetli eser sahiplerini teşvik edebilmek için pay alınmak suretiyle "Sanatçılar Destek Fonu" oluşturma amacına yönelmesinin doğru olacağını düşünüyoruz. Böylece koruma süresi sonunda sınırsız olarak kullanıma açık olan eserlerin ekonomik gelirlerinden bir kısmını meslek kuruluşlarına aktararak bir fonda toplayıp elde edilen meblağı yine ülke kültürünün zenginleştirilmesinde ve geliştirilmesinde kullanmanın yerinde bir hareket teşkil edeceği kanaatindeyiz. Tasarıda ise bu konu maalesef unutulmuştur.

TÜRK KOOPERATİFÇİLİĞİ'NİN HUKUKİ SORUNLARI

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (*)

(**) Kooperatifleri, kendileri gibi birer kişi birlikleri olan dernekler ile Ortaklıklardan ayıran en önemli özellik amaç farklılıklarıdır. Derneklerin amacı ideal, ortaklıklarınki kazanç elde etmek ve paylaşmak olduğu halde, kooperatiflerin amacı üyelerinin (ortaklarının) ekonomik durumlarını geliştirmektir. Ekonomik durumu geliştirmekten maksat kooperatif üyesi bireyin karşılıklı yardımlaşma ile belirli menfaatlarını korumak ve günlük ekonomik ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılamaktır (1). Bu nitelikteki amaçlarla çok çeşitli kooperatifler kurulabilmektedir: tüketim, üretim, satış, kredi, kefalet, arsa ve yapı kooperatifleri. Bugün ülkemizde en yaygın ve faal kooperatifçilik, amacı üyelerini arsa ve / veya konut sahibi yapmak olan arsa ve yapı kooperatifleridir. Bu incelemede teoriye kaçmadan, Türk kooperatifçiliğinin özellikle arsa ve yapı kooperatifçiliğinin karşı karşıya bulunduğu reel hukuki sorunları üzerinde durulacaktır. Söz konusu sorunları aşağıdaki noktalarda toplamak mümkündür:

1. Bugün ülkemizde kooperatifçiliği düzenleyen temel kanun 1163 sayılı kanundur. Bu kanunun, ifade ve kanun yapma tekniği bakımından tutarlı bir kanun olduğu söylenemez. Zira kanunda istifa yerine çıkma (m. 10), ihraç yerine çıkarılma (m.16), iskat yerine düşme (m.27), İptal yerine bozma (m.53) gibi alı-şılmış ve yerleşmiş terim ve kavramlar yerine, hukuk ıstılahı ile ilgili olmayan anlamsız terimler kullanılmıştır. Oysa hukukun en iyi vasıtaları kavramlardır. Bu kavramlar ne kadar isabetli ve yerinde kullanılırsa, hukuki metinlerin anlaşılması ve yorumu da o kadar kolay olur.

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

(**) Dipnotlarda geçen bibliyografik kısaltmalar ilk yollamada parantez içinde gösterilmiştir. Bibliyografik kısaltmaları ayrıca parantez içinde gösterilmeyen eserlere yollamalar sadece yazarlarının adıyla yapılmıştır.

(1) POROY, R. / TEKİNALP, Ü./ ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995, no: 1745-1746; ŞİMŞEK, Edip: Kooperatif Ortaklıklar, Ank. 1981, sh. 12 vd.; ERIŞ, G./ ULUSOY, Y.: Kooperatifler Kanunu ve Vergilendirme, değişir yapraklı, Ankara 1989, sh. 4 vd.; ÇEVİK, O.N.: Kooperatifler Hukuku, Ank. 1994, sh. 57, 74.

Kooperatifler Kanunu sadece yerleşmiş kavram ve sözcükleri kullanmamakla kalmamış, ayrıca maddeler başarısız ve bozuk bir türkçe ile de kalem almış, böylece kooperatifçiliğin ilkeleri vaaz edilirken öz dikkatten kaçmıştır. Nitekim bunun en tipik örneği kooperatifi tanımlayan 1. maddede verilmiştir. Zira bu maddede kooperatifçiliğin amacı ile araçları birbiriyle karıştırılmıştır. Ayrıca tüzükte yer alması gereken hususlar da kanunda düzenlenmeye çalışılmıştır (2).

Kavramlar konusunda mevcut olan bu tutarsızlık kanunun düzenlediği kurumlar bakımından da mevcuttur. Ezcümle, ortaklıktan çıkma (m. 10 vd.), ölüm (m. 14), çıkarılma (m. 16) ve düşme (ıskat, m. 23) gibi kurumlar, aralarındaki irtibat, benzerlik ve farklar hiç düşünülmeden ayrı ayrı yerlerde düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak belli bir durumda hangi hükmün uygulanacağı konusunda, uygulamada büyük tereddütler doğmuştur. Nitekim Yargıtay, bu tereddütlere bir son verebilmek için, ortağın kooperatifle ilişkisinin genel kurul veya yönetim kararı ile kesildiği hallerde daima kooperatifler Kanunu m. 27'nin hükmünü uygulamıştır (3).

Bu tür kurumlar arasında açıklık bulunmaması kooperatif yöneticilerini de uygulanacak hükmün belirlenmesi konusunda sıkıntıya sokmuştur. Nitekim pek çok halde ana sözleşmedeki çıkarılma hükümleri uygulandığı halde, Yargıtay düşmeye (ıskata) ilişkin 27. maddeyi tatbik etmiştir (4).

2. Kooperatifler, hangi türden olursa olsun, kanunun ilk maddesinde belirtildiği gibi, birer karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma kurumlarıdır. Dayanışma ve yardımlaşma şüphesiz çok çeşitli şekillerde olabilir. Bunun, özellikle yapı kooperatiflerindeki en müşahhas şekli, ortakların kendilerine düşen aidat borçlarını tam ve zamanında yerine getirmeleri şeklinde tecelli etmektedir. Bugün yapı kooperatiflerinin en fazla muzdarip oldukları konulardan biri de şüphesiz ortaklardan aidat toplama sorunudur. Yapı kooperatiflerinin pek çoğunda bir kısım ortaklar aidat borçlarını muntazaman yerine getirirken diğer bir kısmı da muntazaman temerrüde düşmektedir. Böylece kooperatifin ortak amacının gerçekleşmesi ya gecikmekte ya da tamamen tehlikeye düşmektedir.

Ortak amacın gerçekleşmesine büyük bir engel teşkil eden bu durumun çaresi, borcunu ödemeyen ortak aleyhine icra takibine girişmek ve çıkarılma (m.

(2) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1749; ŞİMŞEK, sh. 9 vd.

(3) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No:1844 vd; Y. 11. HD. 23.3.1978, E. 1978/923, K. 1454 (YKD. 1979, sh. 833).

(4) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1848; ŞİMŞEK, sh. 11.

16) yahut ortaklıktan düşürme (m. 27) yoluna gitmektir. Bilfarz ilamsız icra yoluna başvurulacak olsa, ortak ödeme emrine itiraz ederek bunu sonuçsuz kılabilir. O zaman kooperatifin mahkemeye başvurarak alacağını ilama bağlatması gerekir. Bu maksatla açılan dava da en az bir yıldan önce sonuçlanmaz. Bu ihtimalin geç sonuç vereceği düşünülerek ortaklıktan çıkarılma veya düşürülme yoluna başvurulduğunda, yukarıda açıklanan sebeplerle, çoğu defa usul hatası yapıldığından istenen sonuç bu defa da elde edilememektedir. Kanunun bu maksatla hükme bağladığı kurumların işlemediğini gören bir çok kimse ekonomik gücünü aşacak şekilde birden fazla kooperatife kaydolmakta, dürüst ve iyi niyetli ortakların katkılarıyla değer kazanan paylarını bilahare devrederek ekonomik durumlarını geliştirme yoluna gitmektedirler. Böylece ülkemizde "kooperatif aşalakları" diyebileceğimiz, bu yolla haksız kazanç sağlayan bir zümre oluşmuştur. Bu durum mevcut kooperatiflerin bir türlü bitmemesinin ve inşaatların yıllarca sürüp gitmesinin başlıca sebeplerinden birini oluşturmaktadır.

Bu soruna, benzer durumlarda uygulanan hukukumuzda mevcut düzenlemelerden hareketle, daha etkili müeyyideler uygulayarak çare bulmak mümkündür. Mesela taksitle satımda arka arkaya iki taksidi ödememe hali, diğer taksitleri de muaccel kılar. Aynı şekilde kira borcunun arka arkaya iki defa ödenmemesi, tahliye sebebidir. Keza Kat Mülkiyeti Kanuna göre kat maliklerinin ortak giderlere katılmaları, 2 yıl içinde haklarında diğer ortakları 3 defa icra veya dava yoluna başvurmak zorunda bırakılmaları bir çekilmezlik hali teşkil eder. Aynı şekilde ortak gider alacağı için doğrudan doğruya icraya başvurmak, ipotekle teminat altına almak imkanı da Kat Mülkiyeti Kanununda öngörülmüştür. Pozitif hukukumuzda mevcut olan bu düzenleme ve uygulamalardan yararlanarak benzer hükümler kooperatif ortaklıkları yönünden de sevkedilebilir. Mesela "arka arkaya iki aidat borcunu ödemeyen ortağın müteakip iki (veya daha fazla) aidat borcu da muaccel olur" tarzından bir hüküm, Kooperatifler Kanununa konulabilir. Aidat alacaklarının doğrudan doğruya, yani ilamsız icraya konulması gibi tedbirler de bu arada düşünülebilir.

3. Kooperatifler için bir diğer sorun da "değişir ortaklı olma" ve "açık kapı" ilkelerinden kaynaklanmaktadır. Kollektif ve komandit şirketlerde "ortaklar", limited ve anonim şirketlerde "paylar" sabittir. Bu şirketlerde ortak ve pay adedini değiştirmek için sözleşme değişikliğine veya tezyidi sermaye yoluna gitmek gerekir. Oysa kooperatiflerde ne ortak, ne de pay adedi sabittir. Ortak adedi her zaman değişkendir. Onun için sermaye ve pay sayısı ortak adedine bağlı olarak değişir. Bundan dolayı kooperatifin sermayesi her giren ortakla artar, her çıkan ortakla azalır.

Kooperatifler, ticaret ortaklıkları gibi, kâr elde etmek amacıyla sermaye ve gayretlerini birleştiren belli sayıda kişilerden meydana gelen kapalı kurumlar değildir. Aksine kooperatifler ekonomik durumlarını geliştirmek isteyen herkese açıktır. Keza kooperatifler kapılarını da tamamen kapatamazlar. İşte buna "açık kapı" ilkesi denir. Bu ilke değişir ortaklı olmanın tabii bir sonucudur. Ancak açık kapı ilkesi hiç bir zaman her isteyenın istediği zaman kooperatife girmesi, her isteyenın de istediği zaman kooperatiften çıkması anlamına gelmez. Bir başka ifade ile açık kapı ilkesi ne girme, ne çıkma yönünden mutlaklıdır. Kooperatifin niteliği, özellikleri ve diğer bazı haklı sebepler onu nisbi duruma getirir (5).

Durum böyle olmakla birlikte kanunkoyucu adeta devir halinde devralanın ortaklığa kabulü zorunluğuna varmış gibi bir ifade tekniği kullanmıştır (m. 14/3). Oysa bu durum, şahıs unsuru önemli olan kooperatiflerin korunması bakımından, büyük sakınca doğurmaktadır. Zira ortaklar kooperatiften çıkabilir veya yeni kişiler kooperatife ortak olabilirler. Ancak kooperatife girip çıkmaların hiçbir zaman kooperatife zarar vermemesi gerekir (6). Binaenaleyh, her başvurulan ortaklığa kabul zorunluğuna getiren Kooperatifler Kanununun 14/3 maddesi bu ilkeye uygun bir lafza kavuşturulmalıdır.

4. Kooperatiflerin amacı, 1163 sayılı kanunun ilk maddesinde de belirtildiği üzere, ortaklarına belirli konularda ekonomik menfaat sağlamak ve sağladığı bu ekonomik menfaati korumaktır. Bununla birlikte kooperatiflerin amacı ticari değildir (7), fakat ekonomiktir. Bu yönüyle derneklerden ayrılır, şirket tipi ortaklıklara yaklaşır. Ancak buradaki "ekonomik" olmaktan maksat, şirketlerde olduğu gibi kazanç sağlayıp onu ortaklarına dağıtmak değil, ortakların ekonomik durumlarını iyileştirmek ve geliştirmektir. Bu bakımdan şirketler dışı dönük olduğu halde, kooperatifler içe dönük kurumlardır. Şu halde, bir ortaklığın amacı kazanç elde edip dağıtmak, yani dışı dönük olduğu zaman şirket tarzında ortaklıklar olarak kurulmalı; buna karşılık, ortakların ekonomik durumlarını geliştirmek, yani içe dönük olduğu zaman da kooperatif tarzında ortaklıklar olarak kurulmalıdır. Uygulamada bazan şirketin işgal alanına giren amaçlar, daha açık ifadesiyle kazanç paylaşımını amaç için de kooperatif kurulmaktadır. Böylece kooperatifçiliğe tanınan imkanlardan yararlanılarak serbest rekabet kuralları zorlanmakta, ekonomik yönden geliştirilmesi gereken zümreler, dolaylı bir bi-

(5) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1799 vd.; ERİŞ/ULUSOY, sh. 100 vd.; ÇEVİK, sh. 59 vd.

(6) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1807.

(7) Y. TD. 9.3.1971, E. 1970/3925, K. 1787 (ŞİMŞEK, sh. 22).

çimde de olsa, zarara uğratılmaktadır. Kooperatiflerin bu suretle kötüye kullanılmasına engel olacak hükümlere yeni düzenlemelerde yer vermek gerekir.

5. Kooperatiflere gerçek kişilerle, bazı tüzel kişiler ortak olabilmektedir. Gerçek kişilerin kooperatife girebilmeleri için "medeni hakları kullanma yeterliliğine", yani tam yerleşmiş hukuki ifadesiyle "fiil ehliyetine" sahip olmaları gerekir (Koop. K. m. 8). Oysa kooperatiflere ortak olmak fiil değil, hak ehliyetiyle ilgili bir meseledir. Hak ehliyeti yönünden hukukumuz şahıslar açısından tam bir eşitlik kabul etmiştir (MK. m. 8) (7a). Kooperatifler Kanununun bu hususu düzenleyen 8. maddesinin Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülebilir. Bu bakımdan söz konusu hatalı ve anlamsız hüküm bir an önce değiştirilerek, fiil ehliyetine bakmaksızın, herkese kooperatiflere ortak olabilme imkanı tanınmalıdır.

Kooperatiflere gerçek kişilerden başka, bazı tüzel kişilere de ortak olabilme imkanı tanınmıştır. Kamu tüzel kişilerinin tümü ile kamu iktisadi kurumları ve dernekler bu imkandan yararlanabilmektedir. Buna karşılık, ortaklıklara, özellikle ticari ortaklıklara kooperatiflerin kapısı kapatılmıştır. Oysa aynı imkanın onlara da tanınması, eşitlik ve serbest rekabet ilkelerinin bir gereğidir. Bu imkanın tanınmaması, kooperatifler hukukunun bugün en güncel sorunu olan "görünüşte kooperatiflerin" doğmasına sebep olmuştur. Görünüşte kooperatif, sosyolojik ve hukuki yönden kooperatif olmadığı halde, kanunların boşluklarından yararlanarak kooperatif işleri gören ortaklıklardır. Bu tehlike en çok yığın kooperatifleri için mevcuttur (8).

6. Kooperatifler Kanunu m. 42'de "Genel Kurul bütün ortakları temsil eden en yetkili organdır" denmektedir. Buradaki temsil sözcüğü yerinde ve isabetli değildir. Temsil üçüncü kişilerle olan ilişkilerde sözkonusu olur. Bu yetki yönetim kuruluna aittir. Dolayısıyla genel kurul ne üyeleri, ne de kooperatifi üçüncü kişilere karşı temsil eder. Genel Kurul sadece bir karar organıdır. Alınan kararı icra etmek ve bu maksatla kooperatifi temsil etmek yetkisi yönetim kuruluna aittir (9).

7. Kooperatif Yöneticiliği bugün için bir külfettir. Zira yönetici için, kendi payına kavuşmaktan başka, hiç bir şahsi menfaat yoktur. Binaenaleyh böyle bir külfeti üstlenmiş olan kooperatif yöneticileri çok ağır cezalara muhatap kılınmışlardır (Koop. K. m. 62, 59). Cezayı müstelzim fiiller bazan kooperatif yö-

(7a) ÇEVİK, sh. 206 vd.

(8) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1771; ERIŞ/ULUSOY, sh. 111 vd.

(9) POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, No: 1920.

neticisinin iradesi dışı da gerçekleşebilmektedir. Bu ağır cezai müeyyideye karşılık, yasada, onun şevk ve heyecanını artırıcı hiç bir teşvik edici unsura yer verilmemiştir. Bu durum, adaletin temelinde bulunması gereken nimet-külfet eşitliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Hiç değilse, kooperatifin kuruluşunda emeği geçenlere ve belli bir süre yönetimde bulunanlara yasayla bazı öncelikler tanınmalıdır.

8. 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Kanunun'da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, mühendis ve mimar odaları bazı belediyelerle arsa ve yapı kooperatiflerine ağır maddi külfetler getiren anlaşmalar yapmaktadırlar. Bu sayede odalar, tip proje uygulayan kooperatiflerden hiç bir emek sarfetmeksizin veya sorumluluk altına girmeksizin, üye adedi kadar vize veya onay ücreti alarak kendilerine önemli meblağlar transfer etmektedirler.

Bu durumun haksızlığı açıktır. İlgili yasalarda bu haksızlığa engel olacak değişiklikler vakit geçirilmeden yapılmalıdır.

9. Kooperatiflerin korunması bakımından, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 16. Maddesine eklenen son fıkra isabetli olmuştur. Bu fıkraya göre kooperatiften çıkarılanlar yerine, haklarındaki çıkarma kararı kesinleşinceye kadar yeni ortak alınamaz. Buna karşılık, çıkarılan ortak da bu arada aidat ödemelerine devam eder.

YARGI KARARI KONUSU OLMUŞ BİR EŞYA HUKUKU PROBLEMİNİN ÇÖZÜMÜ (*)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (*)

I. OLAY: (*) Dava konusu 263 m2'lik arsa, Mersin Nusradiye Mahallesi Çakmak Sokak 28 numarada kain ve tapunun aynı mahalle 47 pafta 232 ada ve 7 parsel numarada kayıtlıdır. Söz konusu arsa 220 ada ve 2 nolu parselden ifraz edilerek Kadastro Komisyonunun 9.3.1946 tarihli kararı ile kadastro beyannamesi ve kayıt varakasına geçirilir. Mülkiyet sütununa önce "Mersin Latin Katolik Kilisesi Vakfı" kaydı düşülmüşken, 9.3.1946 tarihinde "Latin Kilisesinin T.C. Hükümetince tanınmış olduğuna dair bir kayıt ve bilgi mevcut olmadığı, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 58 ada, 2 parsel nolu beyannameye bağlı 22.10.1945 tarih ve Muamele Müdürlüğü'nün 127-103/1721 sayılı yazısından anlaşıldığından kilise vakfı olarak tescili istenen 232 ada, 7 parsel nolu gayrimenkulün malik sütununun açık bırakılmasına, diğer vasıflarının tescil olunmasına karar" verilerek, mülkiyet sütunundaki "Mersin Latin katolik Kilisesi Vakfı" ifadesinin üzeri çizilerek terkin edilir. Ayrıca vasıf sütununda da önce "Arsa" olarak yazılmış olan ifadenin üzeri çizilerek bunun üstüne "Kargir ev", devamında parantez içinde (yeri Valide Sultan Vakfından) kaydı yazılır ve bu suretle sözkonusu gayrimenkulün vasfı belirlenir.

Kadastro işlemleri sonucu sahipsiz hale gelen dava konusu gayrimenkulü, Latin Kilisesi sahibi Per Paul Laboki Mersin Noterliğinde re'sen düzenlenen 3 Aralık 1947 tarih ve 9531 sayılı bir senette Agop kızı Paraksiden olma Novar Dallanmış'a satıp gereğini vaad ve taahhüt eder. Yaklaşık 7 yıla yakın bir süre geçtikten sonra Nover Dallanmış da bu yeri gene Mersin Noterliğinde re'sen düzenlenen 5.4.1954 tarih ve 4091 sayılı ikinci bir senetle davacı Ömer Bilgin ile diğer davacı Ayten Gönen'in babası Mustafa Gönen'e satış vaadinde bulunur,

(*) Y.16.8.11.1993, 4168/11509 (Yayınlanmadı).

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

(*) Dipnotlarda geçen bibliyografik kısaltmalar ilk yollamada parantez içinde gösterilmiştir. Bibliyografik kısaltmaları ayrıca parantez içinde gösterilmeyen eserlere yollamalar sadece yazarlarının adıyla yapılmıştır.

aynı zamanda vaadde bulunduğu yerin zilyetliklerini de onlara kazandırır.

Daha sonra Mustafa Gönen, Mersin Üçüncü Noterliğinde re'sen düzenlenen 30.3.1972 tarihli bir senetle de, Ömer Bilgin'le birlikte Novar Dalanmış'tan müsavi olarak satın aldıkları ve üzerine ev ve dükkanlar yaptıkları gayrimenkuldeki yarı hissesini kızı Ayten Gönen'e satışını vaat ve taahhüt eder; ayrıca mevcut zilyetliğini de ona devir ve teslim eder.

Dava konusu gayrimenkulün vergileri davacılar tarafından ödendiği gibi kiraya da onlar tarafından verilir.

Dava konusu gayrimenkulü müsavi olarak almış olan Ömer Bilgin ile Ayten Gönen MK. m. 639/2'de öngörülen zamanasını şartlarının gerçekleştiği düşüncesiyle kendilerine bir vekil tayin ederek ve bu vekil aracılığı ile 22.4.1975 tarihinde Mersin Asliye Hukuk Mahkemesine başvurup Hazineyi hasım göstererek mevcut tapu kaydının iptali ile bu yerin kendi adlarına tescilini talep ederler.

Mahkeme 23.2.1978 tarihli duruşmada, dava konusu gayrimenkulün belediye hudutları içinde olduğu gerekçesiyle davaya Mersin Belediyesinin de dahil edilmesine karar verir. Bunun üzerine davacılar 3.3.1978 tarihinde bir dilekçe vererek, husumeti Hazine'nin yanında Mersin Belediyesine de yöneltirler.

Mersin Asliye Birinci Mahkemesi 25.12.1978 tarihinde, lehte olan bilirkişi raporu ile dosyada mevcut diğer delilleri gerekçe göstererek, dava konusu gayrimenkulün davacılar adına tesciline karar verir.

Davalılar vekillerince yapılan itiraz üzerine bu karar Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından, önce 11.5.1979 tarih ve E. 4279/K. 5332 sayılı kararı ile hükmün hakim tarafından imzalanmamış olması sebebiyle iadesine; sonra 6.3.1980 tarih ve E. 2188/K. 2219 sayılı karar ile "davanın görüleceği Asliye Hukuk Mahkemesi görevi dışında ve kadastro mahkemesi görevi içinde..." bulunularak verilen hüküm görev yönünden bozulmuştur.

Mahkeme bu bozma kararına uymuş; bu defa davaya (11.12.1981 tarihli kararı) Şehir Kadastrosu Mahkemesi sıfatıyla bakmaya başlamıştır. Bu sıfatla baktığı davada mahkeme, görev yönünden bozulan eski kararını yeniden tesis etmiş, dava konusu gayrimenkulün aynı şekilde davacı Ömer Bilgin ile Ayten Gönen adına tesciline karar vermiştir.

Bu karar da Hazine ve Belediye vekillerince temyiz edilmiştir. Bunun üzerine sözkonusu karar, Yargıtay 14. Hukuk Dairesince, önce (18.10.1982, 3691/5738) davanın genel mahkemede bakılmasını doğru bularak, buna karşılık

husumetin Vakıflar İdaresine yöneltilmemiş olması sebebiyle; daha sonra da (20.5.1983, 1020/3873) "dava kazandırıcı zamanaşımı süresine varan zilyetliğe ve taşınmaz tescil işlemine ilişkin olduğuna göre öncelikle çekişmeli 7 parselin niteliği gereği gibi saptanmalıdır. Bu cümleden olarak Metruk kilise arsası olup olmadığı, Valide Sultan Vakfından olduğuna dair tahdit beyannamesinde mevcut şerh gözönünde tutularak Vakıflar İdaresi ile ilgili bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve gerekirse Vakıflar İdaresine husumet yöneltilmeli, sonuçta özel mülk konusu yerlerden olduğu anlaşıldığı taktirde davacıların zilyetliklerinin başlangıç ve süresi hakkında soruşturma yapılmalı ve bundan sonra bir karar verilmeli" denilerek eksik inceleme sebebiyle iki defa bozular. Bu bozma kararları üzerine, davalılar arasına Vakıflar İdaresi de dahil edilerek aynı gerekçelerle dava 21.3.1984 tarihinde yenilenir ve duruşmalara devam olunur. Bu arada yukarıda açıklanan iddia ve müdafâlar sadedinde ve bozma kararı çerçevesinde incelemeler ve bilirkişi tetkikatı yaptırılır.

Re'sen bilirkişi olarak seçilen Mersin 1. Bölge Tapu Sicili Müdürü 17.6.1981 tarihli raporunda, dava konusu taşınmaz hakkında uygulanan kadastro işlemini açıkladıktan sonra, bu taşınmaz kaydı üzerinde bulunan "Valide Sultan Vakfı" şerhinin mülkiyetle hiç bir alakası olmadığını belirtmiştir. Buna sebep olarak da 903 sayılı kanundan önce yürürlükte olan 2762 sayılı Vakıflar Kanununu göstermiştir. Söz konusu bu kanun "mukataa ve icareteyne bağlama usulünü kaldırmış (m.26) şahısların tasarrufunda bulunan gayrimenkullerin temlik icare ve mukataa tutarlarının 20 misli bir taviz bedeli karşılığında mutasarrıfına geçirileceği ve taviz karşılığı olarak vakfiyenin kalkması ve şart mülk halinde sahiplerinin mülkiyetine geçmesini kabul etmiştir.

Taviz bedeline tabi vakıflar aslında mülk olan vakıflardır. Arazi olup da geliri ve ürünü vakfedilmiş olan gayrimenkullerin taviz bedeli ile bir ilişkisi olmayıp bunların kayıtlarındaki vakfiyenin re'sen terkinde gerekmektedir". Bilirkişi daha sonra, dava konusu "taşınmaz üzerinde Medeni Kanundan önce Mecelle hükümlerine göre tesis edilmiş sahih vakıfların akar nev'inden olan ve icareteyne bağlanmış Valide Sultan Vakfı şerhi bulunmaktadır. Bu şerhin mülkiyetle herhangi bir ilişkisi olmayıp yukarıda izah olunduğu veçhile akar vakfa konu teşkil etmektedir. 903 sayılı Vakıflar Kanunu ile de bu tür akarların, taşınmazın kayıtlı değerinin % 20'si tutarının Vakıflar İdaresine yatırılması yoluyla vakıfla ilişkileri tamamen kesilmesi suretiyle üzerinde vakıf ilişkisi terkin edilmektedir" diyerek kanaatını bildirmiştir.

Bu mütalaaya, davalılardan özellikle Vakıflar İdaresi itiraz etmiş, bu arada

davacılar da taviz bedeli ödeyerek bu şerhin kaldırılması için vakıflar idaresine başvurmuşlardır. Ancak Vakıflar İdaresi "gayrimenkulün mülkiyet davası"nın devam ettiğini ileri sürerek bu başvuruyu reddetmiştir. Dava böylece devam ederken 3402 sayılı Kadastro Kanunu yürürlüğü girmiş, bu sebeple tarafların görevsizlik itirazı üzerine 6.10.1988 tarihinde davanın yeniden Kadastro Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Bundan sonra davaya bakmaya başlayan Mersin Kadastro Mahkemesi, 26.3.1990 günlü duruşmada "Yargıtayın kararı... ayrıca bilirkişi olarak seçilen kimsenin raporuna itirazların bulunduğu dikkate alınarak dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan Vakıf şerhi ile dosyaya itiraz olunan Vakıflar yazısı ve vakıfnamenin münderecatı da dikkate alınarak bu şerhin mülkiyete etkisinin ve hukuki durumunun uzman bilirkişi kanalı ile tesbit ettirilmesine, dosyanın takım halinde Ankara Kadastro Mahkemesine gönderilmesine, Ankara Hukuk Fakültesi Toprak Hukuku kürsüsünden bir görevlinin bilirkişi seçilmesine ve hukuki durumunun tesbit ettirilmesine" karar vermiştir.

II. İNCELEME: Davanın hukuki sebebini MK. m. 639/2 oluşturmaktadır. Zira henüz kadastro yapılmamış yerlerde, kadastro yapıncaya kadar tapulu gayrimenkullerin zamanasıyla iktisabına MK. m. 639 uygulanır (1). Şu halde tapulu gayrimenkullerin zamanasıyla iktisapları ancak MK. m. 639'da öngörülen şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu şartları gayrimenkule, zilyetliğe (1a) ve usule ilişkin olmak üzere genellikle üç grup altında toplanır. Dosyada mevcut delillerden anlaşıldığı üzere zilyetliğe ve usule ilişkin şartların gerçekleşmiş olduğu görülmektedir. Zira davacı Ömer Bilgin ile diğer davacı Ayten Gönen'in zilyetlik süreleri, (bu sonuncu davacının kine accessio possessionis kuralı gereğince kendisine hissesini devretmiş olan babasının zilyetlik süresi eklenince) 20 yılı aşmaktadır. Hatta onların bu zilyetliklerine gayrimenkulü haricen satmış olan Novar Dallanmış döneminde geçmiş olan zilyetlik süreleri de, şartları mevcutsa, eklenebilir. Böyle bir durumda 20 yıllık zamanası süresi vakıf mallarının zilyetlikle iktisabını yasaklayan ve 903 sayılı kanunla Medeni Kanuna eklenen 81/B maddesinin yürürlüğe girdiği 24 Temmuz 1967 tarihinden önce tamamlanmış olabilir. O takdirde, vakıf mallarında zamanasının yürümiyeceğini hükme bağlayan, m. 81/B olaya uygulanamaz, dolayısıyla kazanılmış hak durumu olduğundan gerçekleşen hak kazandırıcı za-

(1) OĞUZMAN, M.K./ SELİÇİ, Ö. : Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992, sh. 394.

(1a) Zilyetlik ve tapu sicili için bakınız: BERKİ, Ş.: Türk Medeni Kanununda Zilyetlik ve Tapu Sicili ile İlgili Prensipler ve Tapusuz Gayrimenkuller, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, sh. 149-161.

manaşımından etkilenmez (2). Ancak dosyada bu yolda bir iddia ve isbat mevcut değildir. Bundan başka, davacıların zilyetliklerini malik sıfatıyla yürüttükleri de dosyada mevcut delillerden anlaşılmaktadır. Zira noter senediyle icareten satın aldıkları bu gayrimenkul üzerinde davacılar bina ve dükkan yapmışlar, bunları kiraya vermişler ve vergilerini ödemişler, böylece dava konusu gayrimenkul üzerinde kendilerinden daha üstün bir zilyet tanımamışlardır (3). Ayrıca bu süre içinde davacıların zilyetlikleri nizasız ve fasılasız devam etmiştir.

Aynı şekilde usul şartlarının da yerine getirildiği dosyada mevcut delillerden anlaşılmaktadır. Şu halde davanın çözümü tek şartın, yani gayrimenkule ilişkin şartın gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Bu şarta göre bir gayrimenkulün zamaşaşımıyla iktisap edilebilmesi için onun her şeyden önce bu yolla iktisaba elverişli gayrimenkullerden olması gerekir. Aksine bir ifade ile bazı gayrimenkuller zamaşaşımıyla iktisap edilemezler. Bu tür gayrimenkullerden ikisi, özellikle dava konusu ihtilafın çözümü yönünden önem arz etmektedir. Bunlardan birincisi kanunlar uyarınca devlete kalan emvali metrukeler; ikincisi ise vakıf mallarıdır. "Emvali metruke" deyimini mubadil (değişime tabi tutulmuş), firari (kaçak) ve mütegayyip (yitik) şahıslardan devlete kalmış araziye ifade eder. (4) 3402 sayılı yeni Kadastro Kanununun 18. maddesine göre bu tür gayrimenkullerin zamaşaşımı ile iktisapları mümkün değildir. Mubadelede, devlete kalan gayrimenkuller mubadele komisyonlarınca terkin edilerek elkoyma kararı verilmesi ve devir cetvelleri düzenlenmesi, ayrıca mubadillere birer tasfiye veya teffiz belgesi verilmesi gerekir (4796 ve 1331 sayılı kanunlar) (5). Öte yandan, firari ve mütegayyip şahıs kavramı da, daha çok, Türk vatandaşı olup da firar etmiş veya kaybolmuş, ermeni asıllı kimseleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. Aksine Türk uyruklu rumlar (6) ile yahudiler (7) ve bulgarlar (8) firari ve mütegayyip şahıslar kavramına girmez. Esasen kimlerin mubadil, firari ve mütegayyip sayılacağı idarece bu yolla alınmış işlemlerle belirlenir. Dosyada bu nitelikte bir belge mevcut değildir. Ayrıca, dava konusu gayrimenkul Latin Ka-

(2) Y.8. HD. 1.5.1984, 4428/4746 (KARAHASAN, M.R. / ÖZMEN, İ: Zilyetlik, Tapu Sicili, Tapu İptal Davaları, Ank. 1983, sh. 1161 vd. ve ÖZMEN, İ./ ÇORBALI, H.: Kadastro Kanunu Şerhi, Ank. 1988, sh. 522 vd.); Y. 7. HD. 31.12.1975, 9725/8694 ve 27.1.1970, 150/424 (Karahasan/ Özmen, sh. 964 vd.).

(3) Oğuzman/ Selçik, sh. 404 vd.; BERKİ, Ş.: Aynı Haklar, Ank. 1965, sh. 22.

(4) HGK. 19.1.1983, 9 K (Özmen/ Çorbali, sh. 647).

(5) Ayrıca bakınız. Karahasan/Özmen, sh. 368; Y. 8. HD. 19.11.1966, 3827/5827 ve 8. HD. 2.1.1963, 107/307 (Özmen / Çorbali, sh. 664 ve 665).

(6) BERTAN, S.: Aynı Haklar, Ank. 1977, sh. 200.

(7) Anayasa Mahkemesi Kararı, 22.4.1963, 41/94 (AMKD. 1971/1, sh. 231-246).

(8) Y. 8. HD. 20.5.1983, 5729/5679 (DÜZCEER, A.R.; Kazandırıcı Zamaşaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ank. 1984, sh. 82).

tolik Kilisesine ait arsadan ifraz edilmiş olup kilise yetkilisi Per Paul Laboki bunların kilise adına tescilini talep etmiştir. Terk niyeti olmadığını gösteren bu talebe rağmen, dava konusu gayrimenkul maliki gaib olduğu için değil, kilisenin hükmi şahsiyeti bulunmadığı için tapuda kilise adına kaydedilmemiştir. Müfrez dosyada mevcut delillerden gayrimenkullerden sadece kilisenin üzerinde bulunduğu arsa müstemilatıyla birlikte tapuya kaydedildiği anlaşılmaktadır. Bütün bu durumlar göstermektedir ki, ortada, mubadil, firari veya mütegayyip kişilerden devlete kalan bir gayrimenkul mevcut değildir. Velev ki terkedilmiş bir gayrimenkul olsa bile, gayrimenkul kiliseden metruk olduğu için zilyetlikle iktisap edilebilir. Zira 1341 tarihli Bütçe Kanununun 23. maddesinin 5. fıkrasına göre mubadeleye tabi olmayan tüzel kişilerden mezkur hükümlerle gayrimenkuller bütün hukuk vecaibiyle birlikte buldukları illerin özel idarelerine kalır. Bu suretle metruk kiliseler özel idarelere aittir. Devlet kavramına özel idare girmediğinden, bu yerler zamanaşımıyla iktisaba elverişlidirler (9).

Vakıf malı gayrimenkullerin zamanaşımıyla iktisaba elverişli olup olmadıkları konusuna (10) gelince, bu konuda Türk pozitif hukukunda çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Ezcümle 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 8. maddesi doğrudan doğruya hayrattan olan vakıf gayrimenkullerin zamanaşımıyla iktisap edilemeyeceğini hükme bağladığı gibi, medeni kanunun 81/B maddesi de böyle bir ayırım yapmaksızın "vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla iktisap hükümleri tatbik olunamaz" kuralını getirmiştir. Bu iki hükme karşılık 2762 sayılı vakıflar kanununun 41. Maddesi ise "Kanuni Medenideki mururuz aman hükümleri vakıf malları hakkında da tatbik olunur" hükmünü koymuştur. Birbirine mütenakız bu düzenlemeler karşısında, kazai içtihatlar, esas itibariyle şöyle bir yol izlemişlerdir. Buna göre doğrudan doğruya hayrattan olmayan, sadece gelirlerinden yararlanmak üzere vakfedilmiş gayrimenkuller olağanüstü zamanaşımıyla iktisaba elverişli (11); buna karşılık, doğrudan doğruya hayrattan olan vakıf malları ile icareteynli vakıf malları ise zamanaşımıyla iktisaba elverişsiz (12) kabul edilmiştir. Doğrudan doğruya hayrattan olan vakıf maldan maksat, cami ve mektep gibi, herkes tarafından ve aynından yararlanan yerlerdir (13). İcareteynli gayrimenkuller ise, başlangıçta muaccele namıyla kıymetine

(9) Y.7. HD. 23.1.1975, 3486 (Özmen/ Çorbalı, sh. 512) ve Y.7. HD. 12.3.1974, 73/6800-74/1076 (Özmen/ Çorbalı, sh. 533).

(10) Bakınız, BÉRKİ, Ş.: Türk Borçlar Hukukunda İskati Mürur zaman, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ank. 1974, sh. 717.

(11) Y. 14. HD. 19.4.1983, 1764/3124 (YKD. 1984/1, Sh. 96); Y. 7. HD. 19.3.1970, 514/1558 (Karahasan/Özmen, sh. 1165). Y. 8. HD. 2.12.1966, 6970/6090 (Karahasan/ Özmen, sh. 1168).

(12) Y. 8. HD. 3.4.1984, 303/2531 (Karahasan/Özmen, sh. 1162); Y. 7. HD. 9.2.1984, 5526/892 (Karahasan/Özmen, sh. 1163); Y. 14. HD. 3.4.1984, 2531 (Özmen/Çorbalı sh. 519); Y. 14. HD. 20.2.1975, 242/1057 (Karahasan/Özmen sh. 1165); Y.8. HD. 17.1.1966, 7012/171 (Karahasan/Özmen, sh. 1169 vd.).

(13) Y. 8. HD. 2.12.1966, 6970/6090 (Karahasan/Özmen, sh. 1168); keza Y. 8. HD. 15.1.1965, 7008/128 (Karahasan /Özmen sh. 1169).

yakın peşin bir ücret alınıp her sene nihayetinde müeccele namıyla bir ücret daha alınarak mutasarrıflarına verilen vakıf gayrimenkullerdir (14). Buna karşılık, dükkan, arsa, vesaire gibi kirasından ve gelirinden yararlanan musakkafat ve müstegallat vakıflar doğrudan doğruya hayrattan sayılmazlar (15). Şu halde vakıf malı bir gayrimenkulün zamanaşımıyla iktisaba elverişli olup olmadığı hususu onun mahiyetine göre değişmektedir.

Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalar göstermektedir ki, durumun çözümlü yönünden dava konusu gayrimenkulün vakıf malı olup olmadığı, vakıf malı ise, bunun hangi türden bir vakıf malı olduğunun tesbiti önem arz etmektedir.

Bir yerin vakıf malı olduğunu isbat, MK. m. 6'da hükme bağlanan genel kural uyarınca onu iddia edene düşer. Dava konusu müşahhas olayda bu iddiayı ileri süren taraf davalı durumundaki Vakıflar İdaresidir. Vakıflar İdaresi bu iddiasını isbat uğrunda sadece kadastro beyannamesindeki gayrimenkul malların vasfı sütununa parantez içinde işlenmiş (Valide Sultan Vakfından) kaydını göstermektedir. Bunun dışında, Vakıflar İdaresine ait mahsus defter kayıt, vakıfname, vakıflar idaresi adına vergi kaydı ve dava konusu gayrimenkulün evveliyat kayıtları gibi belgelerle Vakıflar İdaresi iddiasını isbat edebilmiş değildir. Göstermiş olduğu vakıfnameler ile evveliyat kayıtlarında bu yerin vakıf olduğuna dair bir işaret ve delil de mevcut değildir. Bu durum karşısında belirtmek gerekir ki, yegane delil olarak göstermiş olduğu kadastro beyannamesindeki anılan kayıt dava konusu gayrimenkulün mülkiyet ilişkisini kuran bir kayıt değildir. Aksine bir ifade ile gayrimenkullerin mülkiyet ilişkisi mülkiyet hanesine düşülecek kayıtlarla tesis edilir. Dava konusu gayrimenkulde bu ilişkiyi tesis eden kayıt mülkiyet hanesinde "Latin Katolik Kilisesi Vakfı" adına yapılan kayıttır. Latin Katolik Kilise Vakfının hükmi şahsiyeti olmaması sebebiyle bu kaydın üzerinin çizilmesi sonucu dava konusu gayrimenkul sahipsiz hale gelmiştir. Ayrıca, vasıflar hanesine gayrimenkülü teşhise yarayan, kargir ev, arsa, bağ veya bahçe gibi kayıtlar işlenir. Bu tür kayıtlar gerçek hak sahipliğini etkilemezler. Hak Sahipliği, gerçek durum ne ise ona göre belirlenir (16). Bununla birlikte, bir delil olarak böyle bir kayıttan da yararlanmak mümkündür. Ancak o zaman bu kaydın kendisinden beklenen sonucu doğurabilmesi için bir dayanağının (müstenidatının) bulunması gerekir. Dava sırasında sözkonusu kaydın işlenmesini gerektirecek bir dayanak gösterilmemiştir. Oysa bir yerin vakıf malı olduğu kadastro be-

(14) Y.8. HD. 10.3.1968, 997/1091 (Karahasan/Özmen, sh. 1186).

(15) Y.8. HD. 15.1.1965, 7005/128 (Karahasan/Özmen, sh. 1169).

(16) DESCHENAUX, H.: Le registre foncier, Fribourg 1983, sh. 53, 363 vd.; Oğuzman/Seliçi, sh. 217; ÜNAL, M.: Şekli Eşya Hukuku, Ank. 1994, sh. 324.

yannamesi dayanaklarından anlaşılması gerekir (17). Esasen vakıf malı olan yerler 2762 sayılı Vakıflar Kanununun neşredildiği 13.6.1935" tarihinden en az 15 yıl evvelinden beri vakıf olarak tasarruf edildikleri vergi kayıtları, icar kontratoları ve eşhası hükmüyenin gayrimenkule tasarruflarına dair olan 16 Şubat 1328 tarihli kanunun neşrinden sonra tapuya verilmiş defterler ve müesseselerin hesap defterleri ve benzer vesikalarla anlaşılacak olan yerler o suretle vakıf kütüğüne" kaydolunması gerekir. "Bu kayıt Vakıflar İdaresinin talebi üzerine tapuca" yapılır (2762 sayılı K.m. 44). Bu suretle yapılacak kayıt (tescil), bu iş için hazırlanmış olan defterlere vakfiyenin tekmlil meşruhat ve tasdikleriyle beraber aynen yazılması suretiyle gerçekleştirilir (Vakıflar Tüzüğü, m. 32). Vakıflar İdaresi bu tür bir delil ile de iddiasını desteklemiş değildir. Şu halde dava konusu gayrimenkulün bir vakıf malı olduğu dava sırasında gerektiği gibi isbat edilememiştir.

Velev ki, bu yön, yani dava konusu gayrimenkulün vakıf malı olduğu hususu isbat edilebilmiş olsaydı dahi neticede pek fazla bir değişiklik olmayacaktı. Zira o taktirde, doğrudan doğruya hayrattan olmayacağı açık bulunan dava konusu gayrimenkulün icareteynli bir vakıf malı olma ihtimali mevcuttur. İcareteynli vakıf malarının da zamanaşımıyla iktisapları mümkün değildir. Ancak, sözkonusu zamanaşımı burada icareteynli gayrimenkulün mutasarrıfa geçtiği ana kadar, yani Vakıflar kanununun 29. maddesinde belirtilen 10 yıllık sürenin dolacağı ana kadar işlemez. Bu tarihten sonra gayrimenkul mutasarrıf veya mirasçılara adına tescil edilmiş değilse artık MK. m. 639/2'deki şartlar gerçekleşmesi kaydıyla o gayrimenkulün zamanaşımıyla iktisabı mümkün hale gelir (18).

(17) Y.8. HD. 15.12.1967, 6560/5972 (Karahasan/Özmen, sh. 1167).

(18) Özmên/Çorbalı, sh. 426.

Les fondements de fixation des loyers dans les baux d'habitations et de locaux commerciaux en droit turc

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (*)

I. L'Evolution de législation turque relative à la limitation des loyers

1. En general

En Turquie, depuis l'entrée en vigueur du code des obligations en 1926 jusqu'aux débuts de la seconde guerre mondiale, les parties dans un contrat de bail pouvaient fixer librement (CO art 19/I) le montant des loyers, sous réserve des règles ordinaires sur la lésion (CO art 21). Bien que la Turquie n'ait pas pris part à cette guerre, les effets de celle-ci se firent sentir immédiatement sur la vie économique du pays. C'est pourquoi on adopta, en 1940, la loi de "protection nationale" qui accordait des larges pouvoirs au Gouvernement pour régler la vie économique du pays par des décrets. Parmi les mesures prévues par cette loi se trouvaient également le blocage des loyers aux cours de 1939 (art 30).

Dans les années qui suivent la fin de guerre, on a légiféré les lois qui rendaient possible l'augmentation des loyers bloquées, en vue d'encourager la construction d'immeubles neufs. La loi de 1947 a même rendu libre la fixation des loyers des immeubles construits ou essentiellement modifiés après l'année 1947.

L'augmentation rapide de la population, l'exode rural et la division des familles en petites unités ont causé la pénurie de logements. On a constaté que cette situation engendrerait des autres problèmes sociaux et économiques. En outre, on craignait que l'augmentation des loyers laissés libres n'entraîne une hausse des prix dans d'autres secteurs de l'économie.

Dans ces conditions, le législateur a adopté, en 1955, la loi sur les baux immobiliers (No: 6570) qui a bloqué, de nouveau les loyers, en principe, aux

(*) Faculté de droit d'Ankara.

cours de 1953 et, qui a limité le droit de résiliation du bailleur. Il sied d'examiner, de près, les dispositions concernant notre rapport, de cette loi apportant des limitations importantes au principe de liberté contractuelle (CO art 19/I) du Code des obligations turc.

2. Dispositions de la loi sur les baux immobiliers (LBI) concernant la limitation des loyers et de droit de résiliation du bailleur.

a) Champ d'application de la LBI

La LBI ne s'applique qu'aux immeubles locatifs couverts se trouvant à l'intérieur des limites d'une commune ou dans un port ou dans un endroit possédant une gare (Art. 1). Par conséquent le bail de terrains et jardins sur lesquels il n'existe aucun bâtiment ainsi que le bail des bâtiments situés dans les villages ne dépendant pas d'une municipalité, sont soumis aux règles du code des obligations. Par contre, les logements officiels destinées par l'Etat aux fonctionnaires ne tombe pas sous le coup de cette loi.

b) Dispositions de la LBI relatives à la limitation des loyers

Les articles 2 et 3 de la LBI contenaient des restrictions relatives à la fixation des loyers des immeubles soumis à cette loi. D'après ces restrictions, les loyers des immeubles, construits avant 1939, étaient déterminés en apportant aux loyers courants de 1939 une majoration de 200 % pour les locaux d'habitation et de 400 % pour les locaux commerciaux. Par contre, les loyers des immeubles construits après 1947 étaient bloqués aux montats des loyers, prévus dans les contrats à la date du 12 mai 1953. Les loyers des immeubles dont les loyers du 12 mai 1953 n'étaient pas déterminés par les contrats ou qui étaient loués pour la première fois après la date en question, avaient été déterminés par les commissions municipales, en fonction des loyers des immeubles similaires du même endroit ou quartier. Les loyers des immeubles qui n'ont pas similaires étaient déterminés par les commissions en tenant compte d'état actuel de l'immeuble en question et d'endroit ou celui-ci est situé.

c) Dispositions de la LBI relatives à la limitation du droit de résiliation du bailleur (art. 11).

La LBI, afin de rendre efficace les restrictions qu'elle avait apportées aux loyers, a, en outre, limité le droit de résiliation du bailleur dans les contrats de bail à durée indéterminée; de plus elle a ordonné une prorogation annuelle des contrats de bail à durée déterminée tant que le locataire n'avertissait pas le bailleur par

écrit, au moins quinze jours avant l'expiration de cette durée, de son intention de mettre fin au contrat (LBI art. 11). Ainsi le bailleur qui désire relouer son immeuble à un prix supérieur ne peut expulser son locataire à la fin de la durée de bail, lors que celle-ci est déterminée ou en recourant à son droit de la résiliation si la durée n'est pas déterminée.

Le bailleur (ou le tiers acquéreur) n'a un droit de résiliation que si lui-même, son épouse (époux) et ses enfants ont besoin de l'occuper ou dans le cas d'une reconstruction ou rénovation importante (LBI art 7/b, c et ç). En outre, le bailleur peut intenter une action en expulsion contre le locataire qui a été sommé par écrit deux fois dans une année, d'une manière justifiée pour non-paiement du loyer, même s'il avait payé sa dette dans le délai prévu par la sommation.

Enfin, le bailleur peut invoquer les causes d'extinction du bail prévues par le Code des obligations dans la mesure où elles sont conciliables avec les buts de la LBI. On admet ainsi le droit de résiliation du bailleur lorsque le locataire est en faillite (CO art. 261) ou a violé certaines de ses obligations contractuelles et légales (CO art 256/II) (1).

3. Annulation des dispositions (art. 2 ve 3) de la LBI relatives aux restrictions des loyers par la Cour Constitutionnelle.

La Cour Constitutionnelle, par son arrêt du 26 mars 1963 (2), a annulé les articles 2 et 3 de la LBI en considérant que les restrictions qu'ils contenaient, portaient atteinte à la substance du droit de propriété et étaient inconstitutionnelles. Selon la Cour Constitutionnelle, "tant que dans notre pays la pénurie d'immeubles locatifs continue, le législateur est autorisé à réglementer les loyers et à apporter des restrictions dans ce domaine, à condition de ne pas porter atteinte à la substance du droit de propriété et cette intervention légale peut être considérée comme d'intérêt public". Après avoir posé ce principe, la Cour Constitutionnelle a jugé que le blocage des loyers au cours de 1953 n'était plus conforme à l'intérêt public et portaient atteinte à la substance du droit de propriété. Ainsi, la Cour Constitutionnelle adopta, en principe, la conformité à la Constitution de la restriction des loyers. Par contre, La même Cour a statué en 1965 que l'article 11 de la LBI limitant le droit de résiliation du bailleur n'était pas inconstitutionnelle (3).

(1) Tandoğan, p. 194; Sungurbey, p. 146; Chambres Civiles réunies le 13 décembre 1972, 6-102/1362 (RKD 1973 p. 22).

(2) L'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 26 mars 1963, 3167 (RG, le 31 mai 1963, N. 11416).

(3) L'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 14 septembre 1965, 127/47 (RG, le 28 février 1966, No. 12238).

II. La jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la détermination des loyers.

Après que la Cour Constitutionnelle a annulé en 1963, les articles 2 et 3 de la LBI concernant la limitation des loyers, une lacune s'est produite dans cette loi sur la manière de savoir comment la limitation sera effectuée (4). La Cour de Cassation a rendu trois arrêts d'unification de jurisprudence (5) afin de combler cette lacune de loi. La Cour de Cassation a créé une branche de droit nommée la détermination des loyers, au lieu de poser une seule règle.

1. La fixation du loyer initial

D'après l'arrêt d'unification de jurisprudence du 21 novembre 1966, en vertu de la liberté contractuelle (CO art. 19/I), les parties peuvent fixer librement, lors de la conclusion du contrat, le loyer initial. Cette liberté n'est restreinte que par les règles ordinaires sur la lésion (CO art. 21). Le locataire ne peut contester le montant du loyer initial. Car, en droit turc, il n'existe pas encore une règle juridique qui protège les locataires contre les loyers initiaux abusifs, à moins qu'il ne s'agisse de la *clausula rebus sic stantibus* (CC art 2).

2. La fixation du loyer en cas de la prorogation du bail en vertu de l'article II de la LBI

a) *Les principes*

Au cas où le contrat du bail serait prorogé en vertu de l'article II de la LBI, les principes auxquels il faudra obéir lors de la fixation du loyer qui serait payé pendant la période prolongée, ont été posés par les arrêts d'unification de jurisprudence (spécialement par celui du 18 novembre 1964) cités ci-dessus (à la note 5).

Les principes posés par l'arrêt du 18 novembre 1964 se peuvent résumer comme suit:

- aa) Le juge comble cette lacune en se fondant sur l'article 1 du Code civil et prononce selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (CC art. 1/alinéa 2) (Cons. 2).

(4) Zevkiler, p. 97; Yavuz, p. 225; L'arrêt d'unification de jurisprudence du 18 novembre 1964, 2/4 (RG le 29 janvier 1964, No. 11867). En droit turc, Les arrêts d'unification de jurisprudence ont force de loi en application du droit par les juges (Loi sur la Cour de Cassation, art. 45).

(5) Les arrêts d'unification de jurisprudence, le 18 novembre 1964, 2/4; le 7 juillet 1965, 5/5; le 21 décembre 1966, 19/10 (pour les textes de ces arrêts, Cf. Les arrêts d'unification de jurisprudence, division civile, Ankara 1981 (en turc) pp. 275-285; pp. 324-327 et 355-376).

bb) Le juge qui procède à la limitation du loyer conformément à l'article 1 du Code civil, tiendra compte du loyer courant de l'immeuble en question, évalué par l'expert qu'il a commis.

Le juge fixera cependant le loyer en appréciant le montant évalué (CC art. 4). Le loyer courant est une contreprestation prévue dans les contrats conclus sous les circonstances normales; c'est pourquoi le loyer convenu dans les contrats passés sous les circonstances extraordinaires ou particulières ne peut servir de base pour fixer le loyer courant. Les contrats renfermant un loyer qui dépasse le revenu normal que le capital immobilier doit apporter selon les règles de l'économie, sont réputés passés sous les circonstances particulières et ne servent pas de base pour fixer le loyer (cons. 3).

cc) Au cas où on ne pourrait trouver des contrats de bail relatifs aux immeubles similaires, qui servent de base pour établir le loyer courant, le loyer sera fixé par le juge en tenant compte du montant évalué par l'expert conformément aux données économiques et à l'équité.

Il s'ensuit que, lors de la fixation du loyer par les tribunaux, il faut tenir compte, d'abord, du principe du loyer courant et puis des données économiques, en fonction des exigences de l'équité (6).

La jurisprudence de la Cour de Cassation ne fait pas la distinction entre les baux d'habitations et ceux de locaux commerciaux, et applique les mêmes principes dans les deux cas (7).

b) Les méthodes suivies par les tribunaux lors de la fixation du montant du loyer

Les méthodes à suivre par les tribunaux en déterminant le montant du loyer conformément aux principes prévus dans l'arrêt d'unification du 18 novembre 1964, sont précisés par la 3^{ème} Chambre de la Cour de Cassation, compétente en la matière. Ces méthodes ont pour but de concrétiser les contenus des principes dont il s'agit.

D'après la Cour de Cassation, puisque la fixation du loyer est d'ordre pub-

(6) Yavuz, sh. 226; Cass. Chambres Civiles réunies le 7 décembre 1977, 3-3604/901 (Yasa 1978 pp. 1055 ss); Cass. 3^{ème} Chambre Civile, le 7 mars 1985, 131/1526 (YKD 1985, pp. 799-801).

(7) Cass. 3^{ème} Chambre, le 13 avril 1981, 1936/1875 (YKD 1981, p. 823 ss); Cass. 3^{ème} Chambre, le 17 mars 1980, 1687/1692 (YKD 1980, p. 1335 ss).

lic, les méthodes différentes convenues par les parties n'ont pas une force obligatoire pour les juges (8); les clauses contractuelles relatives à la détermination du loyer à payer pendant les périodes annuelles de prorogation prévues par l'article II de la LBI, ne s'appliquent qu'à la première période de prorogation (9).

aa) Lors de la détermination du loyer d'après le principe de loyer courant

Le loyer courant signifie le montant de loyer prévu dans les contrats conclus sous les circonstances normales. Le cours ordinaire de loyer correspond à la valeur à laquelle parviennent les loyers convenus dans les contrats de bail passés d'une manière régulière et continue dans un milieu déterminé (10). Le montant du loyer courant est évalué par l'expert. En ce faisant il doit consulter les contrats relatifs aux immeubles ayant les particularités similaires dans la même localité; pour constater les particularités similaires, il faut tenir compte, des caractéristiques affectant le montant du loyer (11). En outre, l'expert prendra en considération la situation des locaux loués (telle que l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de construction) ainsi que l'importance économique, commerciale et industrielle de l'endroit où les immeubles se situent (12).

En vertu de l'arrêt d'unification de jurisprudence du 21 novembre 1964, Le juge doit diminuer le montant du loyer évalué par l'expert en fonction de l'équité; car, le contrat de bail continue à exister sous forme de prorogation selon l'article II de la LBI et le local loué n'est pas encore évacué (13). On observe que les tribunaux diminuent le montant en question 15% ou 20 % en fonction de l'équité (14).

D'après la Cour de Cassation (15), le loyer doit être déterminé selon les

- (8) Cass. 3^{ème} Chambre, le 22. Juin 1981, 3214/3168 (YKD, pp. 1257-1258); Cass. 3^{ème} Chambre, le 19 Janvier 1988, 9702/723 (YKd 1988, p. 761).
- (9) Cass. 3^{ème} Chambre, le 6 Janvier 1987, 10262/105 (YKD 1987, pp. 688-691); Cass. 3^{ème} Chambre, le 30 Janvier 1992, 4123/1298 (Uygur, T. 5, p. 279); Cass. Chambres civiles réunies, le 12 décembre 1990, 527/627 (YKD 1991, p. 325 ss.).
- (10) Cass. Chambres Civiles réunies, le 23 Mars 1990, 3-13/193 (YKD 1990, p. 1438); Chambres Civiles réunies, le 7 décembre 1977, 3-3604/901 (Yasa 1978, p. 1057); 3^{ème} chambre civile, le 1 novembre 1988, 9468/9148 (Uygur, T. 5, p. 283).
- (11) Cass. 3^{ème} Chambre Civile le 1 octobre 1991, 9415/9506; 3^{ème} Chambre Civile, le 1 février 1993, 7171/1036 (pour ces arrêts, Cf Uygur, T. 5, pp. 294-295); 3^{ème} Chambre, 30.11.1993, 4929/15334 (YKD 1994, p. 369).
- (12) Chambres Civiles réunies, le 11 janvier 1969, 755/30; 4^{ème} chambre civile, le 14 avril 1966, 8439/4490 (Tandoğan, p. 30).
- (13) Chambres civiles réunies, le 21 mars 1990, 3-13/193 (YKD 1990, p. 1439); 3^{ème} chambre civile le 23 janvier 1992, 5492/1898 (Uygur, T. 5, pp. 306-307); 3^{ème} chambre civile le 30 septembre 1993, 4926/15534 (YKD 1994, p. 370).
- (14) 3^{ème} chambre civile, le 22 juin 1995, 561/7978 (non publié); 3^{ème} chambre civile le 15 juin 1995, 7145/7602 (non publié).

données économiques durant les trois périodes de bail, qui suivent la période dont le loyer avait été déjà fixé en fonction du principe de loyer courant; enfin le loyer de la quatrième période sera déterminé selon le principe de loyer courant. Le taux élevé d'inflation dans notre pays justifie cette procédure.

bb) Lors de fixation du loyer selon les données économiques.

Comme on a souligné ci-dessus, en vertu de l'arrêt d'unification de jurisprudence du 18 novembre 1964, lorsqu'il est impossible de déterminer le loyer en fonction du principe du loyer courant, il faut recourir aux données économiques. Dans notre pays, il s'agit, cependant, d'une augmentation rapide de la population, d'une hausse anormale des prix, d'une pénurie de logements et d'une diminution sensible du pouvoir d'achat de la monnaie. Ces événements rendent impossible la détermination du loyer courant en consultant les loyers des immeubles similaires. Cette situation pousse les tribunaux à déterminer les loyers selon les données économiques (16).

La Cour de Cassation prend pour base le taux d'augmentation d'indice de prix des ventes en gros, lors de la détermination du loyer selon les données économiques. Les influences du taux d'augmentation en question sur le loyer à déterminer, se différencient en fonction des exigences de l'équité.

On peut résumer, chronologiquement, les jurisprudences de la Cour de Cassation comme suit (17):

aaa) Jusqu' à l'année 1992

- Si le taux d'augmentation annuelle de l'indice des prix des ventes en gros était inférieur à 40 %, il faut apporter au loyer annuel une majoration de 20 %. Au cas où le loyer majoré ainsi calculé serait, inférieur à 7 % de la valeur fiscale de l'immeuble loué on pourra déterminer un loyer annuel correspondant à 7 % de la valeur fiscale de celui-ci.

- Si le taux d'augmentation annuelle des prix des ventes en gros se situe entre 40 % et 60 %, le loyer sera majoré autant que la moitié du taux d'augmentation dont il s'agit.

- Si le taux d'augmentation annuelle de l'indice des prix des ventes en gros dépasse 60 %, le juge majore le loyer 30 %.

(15) 3^{ème} chambre, le 25 février 1993, 9676/3115 (Uygur, T. 5, pp. 295-296).

(16) Chambres civiles réunies, le 21 mars 1990, 3-13/193 (YKD 1990, pp. 1438-1439).

(17) Cf. Zevkliler p. 103 ss; Yavuz, p. 226 ss.

Les taux d'augmentation cités ci-dessus doivent être calculés séparément pour chaque période de bail. En d'autres termes, si plusieurs ans sont passés à partir de la dernière majoration du loyer, il faut, d'abord, majorer séparément le loyer de chaque période annuelle passée et puis apporter la somme des majorations au loyer dernier à déterminer (18). Si, par exemple, le loyer est dernièrement majoré en 1990 et on a demandé la détermination du loyer pour l'année 1994, en faisant la majoration nécessaire pour les années 1991, 1992 et 1993, chacune à son tour, le juge passe à déterminer le loyer de 1994. il ne peut se contenter de déterminer seulement ce dernier.

bbb) Entre les années 1992-1995

A partir de 1992, la Cour de Cassation a adopté que le juge peut majorer le loyer autant que l'ensemble du taux d'augmentation des prix des ventes en gros, si l'équité le nécessite (19).

ccc) Depuis l'année 1995

Après quelque mois suivant les mesures de stabilité économiques prises par le gouvernement, le taux d'augmentation des prix des ventes en gros a atteint au niveau de 110 %. En face de cette situation, la troisième Chambre Civile de la Cour de Cassation a révisé son jurisprudence et a décidé de la majoration des loyers autant que 65 % du loyer de la période précédente, lorsque le taux d'augmentation annuelle des prix des ventes en gros dépasse 65 % (20).

c) Recevabilité de l'action en constatation du loyer et le moment à partir duquel le loyer révisé entrera en vigueur.

L'arrêt d'unification de jurisprudence du 21 novembre 1966 a apporté des précisions suivantes sur la recevabilité de l'action et le moment d'où le loyer fixé commence à s'appliquer:

- aa) La recevabilité de l'action en constatation du loyer ne depend pas d'une sommation préalable faite au locataire. La sommation peut avoir de l'importance seulement du point de vue d'établir pour quelle période de prorogation le loyer fixé sera appliqué. Si le bailleur a sommé au locataire avant l'ouverture de l'action en constatation du loyer, le loyer fixé par le juge entre en vigueur à partir du début de la période qui suit la

(18) 3^{ème} Chambre civile, le 9 avril 1992, 13257/7589 (Doğrusöz/Yavuz p. 625).

(19) 3^{ème} Chambre Civile, le 9 avril 1992, 13257/7589 (Doğrusöz/Yavuz, p. 621).

(20) 3^{ème} Chambre Civile, le 6 décembre 1994, 14420/15571 (YKD 1995, p. 388 ss.)

signification. Si le bailleur a intenté l'action en constatation du loyer sans sommer au locataire, le loyer révisé, sera appliqué dès le commencement de la période qui suit la notification de la demande (Klageschrift) au locataire. Pour qu'on puisse obtenir ce résultat, la sommation ou la demande (Klageschrift) doit être signifiée au locataire plus de quinze jours avant l'expiration du bail. Dans le cas contraire, le loyer révisé entrera en vigueur à partir du début de la période qui suit la signification de la sommation ou de la demande au locataire. Par exemple, si la durée du bail expire le 1 janvier 1994 et la sommation (ou la demande) a été signifiée au locataire avant le 15 décembre 1993, le loyer fixé sera valable pour la période qui commence à courir du 1 janvier, 1994. Si la signification s'est réalisé le 20 décembre 1994, le locataire serait obligé de payer le loyer fixé à partir du 1 janvier 1995. Le motif du délai de plus de quinze jours est de laisser ainsi au locataire suffisamment de temps pour faire les recherches nécessaires en vue d'avoir une idée sur le loyer à fixer et pour signifier éventuellement à son bailleur quinze jours avant l'expiration du bail qu'il n'entend pas bénéficier de la prorogation légale (LBI art. II).

- bb) Si le bailleur a sommé au locataire conformément au délai nécessaire cité ci-dessus, il doit intenter l'action en constatation jusqu' à la fin de la période qui suit la signification de la sommation pour que le loyer fixé puisse s'appliquer dès le début de la période en question.
- cc) Au cas où le bailleur ne demanderait pas dans sa demande, le juge ne pourra désigner dans l'arrêt, la date à partir de laquelle le locataire sera responsable du loyer fixé; car, en vertu de l'article 74 du Code de procédure civile, le juge ne peut prononcer sur ce qui n'a pas été demandé (21).

d) L'adaptation du loyer convenue dans le contrat du bail en cas du changement des circonstances (Wegfall des Geschäftsgrundlage).

Dans le cadre du principe de la liberté contractuelle (Co art 19, 20), les parties peuvent fixer librement le montant du loyer à payer pendant la durée, le bailleur n'a pas le droit d'intenter une action de constatation du loyer au sens expliqué ci-dessus (22). Par contre, dans les contrats du bail à long terme, le

(21) 3^{ème} Chambre Civile, le 16 mars 1981 (YKD 1981, p. 1109).

(22) 13^{ème} Chambre Civile, le 21 novembre 1991, 8374/1019 (YKD 1992, p. 81); Chambres civiles réunies, le 12 décembre 1990, 3-527/627 (YKD 1991, p. 326) (obiter dictum).

Cour de Cassation est d'avis qu'il faut les adapter aux circonstances changées, lorsque l'équilibre entre la prestation et la contre-prestation est détérioré par suite du changement des circonstances économiques et sociales, qui existaient lors de la conclusion du bail, d'une façon objectivement imprévisible et grave. Il s'agit, alors, d'un cas d'application de la *clausula rebus sic stantibus*. Dans cette situation, le juge ajusterait le loyer initial conformément aux règles de la bonne foi (CC art 2) et de l'équité (CC art. 4) (23). Dans le cas de la réalisation des conditions de la *Clausula rebus sic stantibus* dans un contrat du bail, le bailleur n'a pas le droit de la résiliation hors des cas prévus par l'article 264 du Code des obligations, Car, reconnaître au bailleur un tel droit de résiliation sera tout à fait contraire aux dispositions de la LBI, qui restreignent le droit de résiliation du bailleur pour protéger les locataires (24). Le bailleur aussi bien que le locataire peuvent intenter une action d'ajustement du loyer, le locataire peut demander de baisse du loyer initial, lorsqu'il s'agit de l'indéxation du loyer à une monnaie d'un pays étranger et d'une dévaluation excessive de cette monnaie. La Cour de Cassation a prononcé que le bailleur peut demander d'augmentation du loyer à cause d'une inflation excessive et de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie (25).

Par contre, en cas de la prorogation annuelle du contrat du bail (LBI art II), on ne peut demander de l'ajustement du loyer se fondant sur la *Clausula rebus sic stantibus* (26).

(23) 13^{ème} Chambre Civile, le 19 novembre 1991, 7359/10653 (Uygur, T. 4, pp. 699-702; 13^{ème} Chambre Civile, le 3 juillet 1991, 5339/7518 (Uygur, T. 4, pp 704-705).

(24) 13^{ème} Chambre Civile, le 18 mars 1988, 853/1587 (Uygur, T. 4, pp. 706-707).

(25) 13^{ème} Chambre Civile le 19 novembre 1991, 7359/10563 (Uygur, T. 4, pp. 6701-702); 13^{ème} Chambre Civile, le 10 mars 1995, 2077/2418 (Izmir Baro Dergisi 1995, pp. 152 ss.).

(26) 13^{ème} Chambre Civile, le 27 mai 1991, 3368/6052 (Uygur, T. 4, pp. 696-697).

HUKUK DAVALARI BAKIMINDAN ADALET HİZMETLERİNİN İYİLEŞTİRİLMESİ İHTİYACI ve YAPILMASI GEREKENLER

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (*)

GİRİŞ

1) Anayasamızın 36 ncı maddesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir.

Hak arama özgürlüğü, insanın sahip olması gereken en temel haklarda olması nedeniyle, insan haklarını düzenleyen ve ülkemizin de altına imza atmış olduğu, uluslararası sözleşmelerde de bu hususa açıkça yer verilmektedir. Örneğin:

İnsan hakları evsanel beyannamesi'ne göre; "Her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan ana haklara aykırı işlemlere karşı fiilî sonuç verecek şekilde milli mahkemelere başvurma hakkı vardır." (m.8); "Herkes haklarının ve yükümlülüklerinin veya kendisine karşı cezaî nitelikte herhangi bir suçlamanın tesbitinde tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından nasafetle ve kamuya açık (alenî) olarak görülmesi hakkına sahiptir" (m.10).

İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre; "Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suçlamanın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından makul bir sürede, adil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir..." (m.6)

(Yeni bir Avrupa için) Paris şartı (Yasası)'nın "İnsan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü kenarbaşlığını taşıyan bölümünde de şöyle denilmektedir: "Milletlerimizin tek yönetim sistemleri olarak demokrasiyi korumayı, sağlamlaştırmayı ve güçlendirmeyi taahhüt ederiz. Bu çabamızda aşağıdaki hususlara sadık kalacağız; İnsan hakları ve temel hürriyetler tüm insanların do-

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ğunlarıyla birlikte iktisap ettikleri vazgeçilmez haklardır ve kanunlarla garanti altına alınmışlardır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başta gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asıl güvenceyi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması hürriyetin adaletin ve barışın temelidir... Ayırım gözetmeksizin herkesin haklarını bilmeye ve kullanmaya, herhangi bir suçla itham edilmeleri halinde adil ve aleni yargılanmaya... hakkı olduğunu teyid ederiz. Herkesin, haklarının ihlali halinde ulusal ve uluslararası alanda, yasal yollara başvurma hakkını garanti altına alacağız" (1).

Gittikçe küçülen ve globalleşen günümüz dünyasında, bütün insan hakları gibi, "hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı" da üzerinde titizlikle durulan bir hak durumundadır. Artık dünya değişmeye başlamıştır ve adalet dağıtımı işi, bir ülkenin kendi iç işi olmaktan çıkmış ve başka devletlerin denetiminin mümkün olduğu bir konu haline gelmiştir. Bugün, insan hakları Avrupa Sözleşmesi'ne imza atmış bulunan ülke vatandaşları, kendi ülkelerindeki (millî) mahkemelerin "makul süre içinde yargılamayı bitirmemeleri" iddiasıyla, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na/ Divanı'na başvurabilmekte ve tazminat talep edebilmektedir. Divan, bugüne kadar bazı ülkeler bakımından tazminat taleplerini kabul eden çeşitli kararlar vermiştir (2).

Bu gelişme, dün'ün bağımsızlık anlayışına sığdırılması bir yana, düşünülebilmesi bile mümkün olmayan bir vakiadır; ancak bugün bu noktaya kadar gelinebilmiştir. Elbette ki, bu gelişme durmayacaktır.

2) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muza (m.77) göre, "Hakim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu sürece sür'at ve intizam dairesinde ceryanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir."

Anayasamıza (m.141, IV) göre de, "Davaların en az giderle ve sür'atle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

Yargılama hukukçuları olarak, biz söz konusu hükümlerdeki kuralı "**usul ekonomisi (dava ekonomisi)**" olarak adlandırırız. Usul ekonomisi çığnenen veya çığnenme olasılığı bulunan hakkın en az giderle, en kısa sürede, en az zorlukla (bürokratik işlemlerden olabildiğince arındırılmış olarak gerçekleştirilmesini ve boş yere davalar açılmasını önlenilmesini sağlamaya yönelik

(1) Bkz. "Yeni bir Avrupa için Paris Yasası" Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 1990, S. 1-2.

(2) Bkz. Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1995, s. 166vd; Feyyaz Gölcüktü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994 s. 222 vd.

(3) Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982, s. 45-50.

bir usul (Dava/yargılama) ilkesidir (3). Devlet, eğer "adaletli devlet" olduğu iddiasında ise, öngördüğü (daha doğrusu, halkına sunduğu) Yargılama hizmetiyle hak dağıtırken kişilerin en az gecikme ve en az giderle ve en az zahmetle hakkına kavuşmasını sağlamak yükümlülüğündedir. Geciken ve pahalı olan bir yargılamanın adaletli olduğundan söz edilemez. Bu açıdan bakıldığında, usul ekonomisi, anayasal sosyal hukuk devleti anlayışının bir sonucu olmaktadır.

Usul ekonomisinin yalnızca mahkemeler bakımından değil, aynı zamanda taraflar ve usulün (yargılamanın) amacı yönünden (geniş anlamda, toplumdaki hukuksal barış açısından) geçerli olduğunu özellikle vurgulamak gerekir. Çünkü davaların görülmesinin (adalet dağıtımının) çabuk ve ucuz olması, hem mahkemeleri ve dolayısıyla Devlet'i hem de tarafları yakından ilgilendirir. Usul ekonomisi sayesinde, kişi, hakkına ucuz ve çabuk kavuşacağı gibi, mahkemeler de boşyere uğraştırılmamış olur. Bu nokta, ülkemizdeki adalet hizmetleri ele alındığında son derece önem arzeder. Çünkü bilindiği gibi, parasal olanaksızlıklar ve diğer bazı nedenler yüzünden mahkemeler, yasaca öngörülen sayıda ve hatta nitelikte yargıçlarla donatılmamıştır ve bu sebeple mahkemeler kapasitelerinin çok üzerindeki sayılarda dava dosyasını karara bağlamakla karşı karşıyadırlar. Bu nedenle "zaman" etkeni, mahkemelerimiz yönünden olağanüstü bir öneme sahiptir. İşlerin çokluğu, adaleti geciktiren sebeplerden biridir. Bu sakıncayı hafifletecek yollardan (araçlardan) bir tanesi, usul ekonomisi ilkesinin yeteri ve gereği biçimde uygulanmasının sağlanmasıdır.

Vurgulayarak açıklayalım ki, davaların çabuk görülmesi, başlıbaşına bir amaç değildir ve olamaz. Yargılamanın objektif hukuka, maddi gerçekliğe ulaşmayı amaçladığı asla gözden uzak tutulmamalıdır (4). Diğer deyişle, maddi gerçekliğe usul ekonomisiyle en çabuk varılması sözkonusudur. Eğer çabukluk, tek amaç olsa idi ve yargılamanın "maddi gerçekliğe varma" amacı ihmal edilseydi, verilen karar ilk bakışta, çabuk verilmiş ve gecikmemiş bir karar sayılabilirdi. Fakat bu karar, "maddi gerçeklik" ögesini gözardı ettiği için taraftarı tatmin etmeyecek, taraflar normal yasayollarına gidecekler ve hatta yine tatmin olmamışlarsa, yargılanmanın yenilenmesi yolunu zorlayarak maddi gerçekliğe uygun karar verilmesini isteyeceklerdir. Bu ise, boşyere yeni davalar açılmasına ve başvurular yapılmasına neden olabileceğinden, mahkemelerin işlerini artıracak ve yeni giderler yapılmasına yolaçacaktır. Böylece, ilk bakışta "çabuk" verilmiş gibi gözükken kararın, gerçekte uyuşmazlığı çözmediği, yani sorunu sü-

(4) Usulün (medeni yargının) amacı için bkz. Yılmaz, yuk. dn. 3'de anılan eser s. 1-9.

rüncemede bırakan ve işleri uzatan bir karar olduğu ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, usul ekonomisi ilkesini anlarken ve uygulamak, maddi gerçeklik yolunda "çabukluk ve ucuzluk" düşünülmemelidir.

3) Hak arama özgürlüğünün anayasalarda yer alması, yalnız başına yeterli değildir. Bu hakkın kullanımının da sağlanması zorunludur. Diğer bir anlatımla, hak arama özgürlüğü kâğıt üzerinde kalmamalı ve kişiler bu haklarını serbestçe ve herhangi bir engelle karşılaşmadan kullanabilmelidirler.

Bu hakkın kullanılabilmesinde, **yargılama giderlerinin miktarı** önemli bir yer işgal eder. Mahkemeye başvuru anında, talepte bulunanın büyük harç ve giderleri ödemekle karşıkarşıya kalması halinde, kişi mahkemeye başvurmayabilir. Bunun ötesinde, ileride davanın kaybı halinde karşı taraf lehine ödenecek olan ağır yargılama giderlerinin bulunması, davayı kayıp riskini de göz önüne aldığımızda hak arama özgürlüğünü engelleyebilir. İşte bu nedenle, yargılama harç ve giderleri, bu açıdan bir engel teşkil etmeyecek tarzda tesbit edilmelidir (5).

Yargılama giderlerinin yüksek olmasının, hak arama özgürlüğünü engelleyici sakıncalar yaratması, üzerinde çok eskiden beri durulan bir konudur. Özellikle zamanımızda, "sosyal hukuk devleti" anlayışı gereğince sorun daha da önemli bir hale gelmiştir. Bu yüzden gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde yargılama giderlerinden ortaya çıkan sakıncalar belirtilmekte ve bu sakıncaları ortadan kaldırmak için çeşitli önlemlerin alınması önerilmektedir. Ortaya atılan görüşlerin ve alınması istenilen önlemlerin ortak yönü, ekonomik açıdan güçsüz (fakir) olan ile ekonomik açıdan güçlü (zengin) arasında mahkemeye başvurma açısından ortaya çıkabilecek eşitsizliğin nasıl ortadan kaldırılabilir; çünkü, anayasalarca garanti altına alınan ve belki de üzerinde en çok durulan ve gerçekleştirilmeye çalışılan en temel ilke, "eşitlik ilkesi"dir:

Bir ülkede, yargılama giderlerinin yüksek olup olmadığı, özellikle düşük değerli davalarda, başlangıçta ödenmesi zorunlu giderlerle, dava sonunda ödenmesi tehlikesi bulunan giderlerin toplanmasıyla ölçülür.

Ülkemizde, yargılama harçları, Harçlar Kanunu ile düzenlenmektedir ve kanunkoyucu her yıl "yeniden değerlendirme oranı" üzerinden harçları artırmaktadır; buna paralel olarak, tebligat giderleri de yine düzenli olarak ayarlanmaktadır. Aynı husus, Avukatlık Asgari Ücret Tarifeleri bakımından da geçerlidir.

Bugün, sözgelimi onmilyon liralık bir ecrimisil (kira tazminatı) davasında, başlangıçta harcanan ve davanın kaybı halinde de ödenecek olan yargılama harç

(5) Bkz. Ejder Yılmaz, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti (Ankara Barosu Dergisi, 1984/2 s. 200-224).

ve giderleri, onmilyon liradan aşağı değildir (işin manevi kısmı, mahkemelere gidip gelme, saatlerce mahkeme kapılarında bekleme vesaire hariç). Böyle bir durumda kişinin dava açmasının anlamı yoktur. Bunun anlamı, yargılama giderlerinin hak arama özgürlüğünün kullanımına engel olmasıdır. Bunun ötesinde, davayı açma durumunda olan (yani, haksızlığa uğrayan) kişi, yargılama giderlerini ödeyebilecek mali imkândan yoksunsa (fakirse), zaten dava açmayacaktır. Haksızlık yapandan hakkını isteyemeyecektir.

Hak arama özgürlüğünü teminen, dava açanlardan hiçbir yargılama harcı alınmamasını ileri süren görüşler varsa da, böyle bir durumun dava açma eğilimini artıracığı endişesiyle, bu görüşler kabul görmemektedir. İsveç'te uygulanan bir sisteme göre, davada ödenecek olan harçlar, davakonusunun miktarına göre değil, davacının yıllık kazancına göre tesbit edilmekte ve yıllık kazancı düşük olanlardan cüz'i miktarda harç alınırken, yıllık gelir düzeyi yüksek olanlardan çok daha fazla harç alınmaktadır. Bizdeki müterakki vergi sistemindeki gibi, harç, artan oranlarda alınmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza (m. 465 vd) göre, yoksulluk belgesi (fakirlik ilmuhaberi) alan kişiler, mahkemece ilk bakışta haklı gibi görünürlerse. (yoksullara) **adli yardım** (müzaheretli adliye) müessesesinden yararlanırlar. Burada yapılacak olan yardım, başlangıçta yatırılması gereken harç ve giderlerden geçici olarak bağışık tutulmaktan ibarettir. Bunlar, davayı kaybederlerse, başlangıçta alınmayan harç ve giderler kendilerinden alınır (HUMK m. 466,471). Kanımca, davanın kaybı halindeki riski gözönüne alamayan yoksul kişilerin hak arama özgürlüğünden yararlanabildiklerini söylemek mümkün değildir. Bu yüzden, olması gereken hukuk bakımından, mevcut adli yardım sistemimizdeki "geçici bağışıklık", davanın kaybı halinde "kesin bağışıklık" a dönüştürülmelidir.

Öte taraftan, Avukatlık Kanunumuza (m.176 vd) göre, barolar nezdinde adli yardım (adli müzaheret) bürosu oluşturulur ve bunlar, yargılama giderlerini ödeyemeyecek kişilerin mahkemelerdeki ve adalet dairelerindeki işlerini ücretsiz olarak takip ederler. Ancak, uygulamada bu büroların yeterince çalıştığını söyleyebilmek zordur. Bu sebeple, olmaması gereken açısından bu büroların etkinliğinin artırılması şarttır.

Bugün batı ülkelerinde, uyuşmazlık öncesinde, yoksul kişiye haklarının ne olduğunu veya olmadığını açıklayan, dava sırasında da ona yardım eden adli

yardım büroları üzerinde önemle durulmaktadır (6).

Özetle, adalet hizmetlerinden yararlanma açısından fakir ile zengin arasındaki eşitsizliği giderecek ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler açısından adli yardım müessesesi geliştirilmelidir.

4) Bugünkü sistemimizde hukuk davalarına bakan mahkemeler, genel mahkemeler (sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesi-onun ayrı bir dairesi konumundaki asliye ticaret mahkemesi) ve özel mahkemeler (iş mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, icra tetkik mercileri gibi) olarak ikiye ayrılır. Davacı, davası nerede açılacaksa, dava dilekçesinde o mahkemeyi göstermek zorundadır. Yani, davacı **görevli mahkemeyi** bilmek ve dilekçesini de o mahkemeye vermek zorundadır. Bir davanın hangi mahkemede açılacağı hususu, yargılama hukukunda "görev" kurallarıyla ilgilidir. Örneğin, (bugün için) yüz milyon lirayı geçemeyen davalar sulh hukuk mahkemesinde, yüz milyon lirayı geçen davalar ise asliye hukuk mahkemesinde açılır; ancak, bu kurala girmeyen istisnai davalardan bazıları (kira tesbit davaları, tahliye davaları gibi) sulh hukuk mahkemesinde, bazıları ise (iflâs davası, boşanma davası gibi) asliye hukuk (**asliye ticaret**) mahkemesinde açılır. Eğer dava, görev açısından yanlış mahkemede açılırsa, dava kendisinde açılan mahkeme, davayı kendiliğinden görevli mahkemeye göndermez (karş.HUMK m.27) ve görevsizlik kararı üzerine yapılacak çeşitli işlemler vardır, bunlar yapılmazsa, süre kaçırılırsa dava açılmamış sayılır (HUMK m.193). Kısacası, görev kuralındaki bir hata, pekçok işlemin yapılmasına ve hatta bazen hak kayıplarına neden olabilmektedir. Özellikle, mahkemelerimiz, görev konusunu çoğu kez davanın başında incelemedikleri ve tarafların itirazlarına karşın bu hususta karar vermeyi davanın sonuna bıraktıkları için aradan geçen yıllardan sonra "meğer ben görevsizmişim, bu davaya bakamam" yolundaki kararı izah edebilmek mümkün değildir.

Bugünkü durumlarıyla sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri, uygulamada geldikleri nokta itibarıyla, kanundaki farklı yargılama yöntemlerine rağmen, hemen hemen aynı usulü uygulayan mahkemelere dönüşmüşlerdir. Yani, aralarında bulunması gereken tarihsel farklılık ülkemizde tamamen ortadan kalkmıştır. Bu yüzden de, asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemelerinin ayrı ayrı mahkemeler olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak "görev" konusu anlamını yitirmiştir.

Bu arada belirtelim ki, "görev" kuralları uzman hukukçuları bile şaşırabilen inceliklere sahiptir. Uzman hukukçunun bile yanılabilirdiği, hatta Yar-

(6) Bkz. Gottfried Baumgaertel, Gleicher Zugang für Alle, Köln, Berlin, Bonn, München 1975.

gıtay daireleri arasında da farklı sonuçlara varılabilen bir konuda, sade vatandaşın görev kurallarını bilmesini ve uygulamasını istemek, kanımca şerhçilcilik adına haksızlık yaratır niteliktedir.

Buna bağılı olarak, olması gereken hukuk bakımından, **sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi ayırımı** ortadan kaldırılmalıdır. Ki, daha önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu DeğışiklikTasarısında da, bu ayırımın ortadan kaldırılması önerilmişti (7).

Görev konusu, genel mahkemeler ile özel mahkemeler bakımından olduğı gibi, adli yargı ve idari yargı ve diğer yargı kolları (yolları) bakımından da söz-konusudur. Sade vatandaşın bütün bu görev kurallarını hakkıyla bilebilmesi oldukça zordur. Bu sebeple, benim olması gereken hukuk bakımından önerim, sade vatandaşın dilekçesini yalnızca "Mahkemeye" diye vermesi ve bu dilekçe hangi mahkemenin görevine giriyorsa, görevlendirilecek bir kişi veya kuruluş tarafından dilekçesinin (herhangi bir hak kaybına ve bürokratik işleme gerek kalmaksızın) ilgili görevli mahkemeye iletilmesi yolunda bir sistemin benimsenmesidir.

5) Hukuk davalarında süre, fevkalâde önemli bir husustur ve taraflar kanunda öngörülen süreler içerisinde bazı işlemleri yapmak zorundadırlar. Eğer kanunda belirtilen süre içerisinde işlem yapılmazsa, hak düşer. Hakların belirli süreler içerisinde kullanılması ise, yargılamanın üzerine oturduğu şekil kurallarıyla yakından ilgilidir ve bu ilkedden kolay kolay vazgeçilemez. Aksi halde, yargılamaz dediğimiz süreç (proses) bitmez.

Sürelere örnek verecek olursam: davaya cevap süresi on gündür (4353 sayılı Kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında 30 gündür) (HUMK m. 195); hakimi red halinde karşı tarafın cevap süresi beş gündür (HUMK m.34. IV); tamamen ıslahta, yeni dilekçe verme süresi üç gündür (HUMK m.88); ihtiyati tedbirde dava açma süresi on gündür (HUMK m. 109); bilirkişiyi red süresi üç gündür (HUMK m.277, II.); asliye hukuk mahkemesinde temyiz süresi onbeş gündür (HUMK m.432); sulh hukuk mahkemesinde temyiz süresi sekiz gündür (HUMK m.437); temyiz süresinin geçirildiğıne dair mahkeme kararına karşı temyiz süresi yedi gündür (HUMK m.432. V); karar düzeltme süresi onbeş gündür (HUMK m. 440, I); tetkik merci kararlarına karşı temyiz süresi on gündür. (İİK m.363); icra tetkik mercilerinin cezaya ilişkin kararlarında temyiz süresi yedi gündür (İİK m. 353); icra hukukunda ödeme emrine itiraz süresi, normal takipte yedi gün, kambiyo

(7) Bkz. bu konuda: Demokratikleşme ve Yargı Reformu, cilt 2, Yargı Reformu, Ankara 1994, Adalet Bakanlığı Yayını, s. 353 vd.

senetlerinde beş gündür, vesaire vesaire.

Bunun dışında sürelerin başlangıcı bazı hallerde tebliğden bazı hallerde tefhimden itibaren başlar. Bazen bu hususlarda tereddütler hasil olduğundan ve bazı mahkemeler süreyi tefhimden bazı mahkemeler tebliğden itibaren başlattıklarından ve Yargıtay dairelerinin de buna paralel olarak farklı farklı kararlar vermeleri nedeniyle ve benzer olaylarda adalet farklı farklı kesinleştiğinden, sonuçta içtihadı birleştirme kararlarına gidildiği de uygulamada gözlemlenebilmektedir. Örneğin, asliye ticaret mahkemesinin ayrı (müstakil) olarak oluşturulduğu yerlerde asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki işbölümü ilişkisi bakımından konu içtihadı birleştirmeye çözümlenebilmiştir. Keza, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuzun 1973 yılında 1711 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresinin tebliğden mi yoksa tefhimden mi başlayacağı konusunda, (kanunda açıklık olmaması nedeniyle) bilim adamları ikiye ayrılmış ve mahkemeler ve Yargıtay daireleri de buna paralel olarak farklı görüşlere (sonuçlara) varmışlardı. Bunun doğal sonucu olarak da, bazı davalarda taraflar yargıtay dairesinin tefhim veya tebliğ ölçütünü alması nedeniyle yasayollarına başvurma haklarını kaybetmişlerdi ve adalet de böyle gerçekleşmişti (veya daha doğru ifadeyle, toplamda "adalet gerçekleşmemiştir"): konu, içtihadı birleştirmeye kadar vardı.

Vurgulamak istediğim husus şudur: sade vatandaşın bu kadar süreler içerisinde yanılmaması olanaksızdır. İtiraf etmek gerekir ki, hukukçular bile bu konuda yanılabilirler.

Bu sebeple, olması gereken hukuk bakımından, hukuk davaları ve icra iflâs hukukundaki sürelerde ve bu sürelerin ne zaman başlayacağı hususunda yeknesaklığa gidilmelidir. Sözgelimi, bu konuda kural olarak, bütün süreler onbeş gün olarak belirlenmelidir (bunun dışında gerekiyorsa, çok çok istisna ile kural dışı süre konulabilir). Keza, buna paralel olarak, sürelerin başlangıcı, sözgelimi, hep "tebliğ"den itibaren olmalıdır.

Yani, herkes (hukukçu ve sade vatandaş) bilmelidir ki, (örnek olarak verdiğim için belirtiyorum) "bu konudaki hakkımı onbeş gün içinde kullanacağım veya kullanmayacağım".

Bir yargılama hukukçusu olarak, genellikle "adalet reformu" şeklindeki alışılmış ifadeyi abartılı (mübalâğalı) bir ifade olarak değerlendirmekteyim. Adalet reformu yerine, "adaletin iyileştirilmesi" deyişini tercih etmekteyim. Ancak itiraf etmeliyim ki, süre bakımından yukardaki önerimin ger-

çekleştirilmesi durumunda, bu husus "iyileştirme" den ziyade bir "reform" teşkil edecektir.

Buradaki önerimin, bütün hukuk alanlarına ve yargılama usullerine de yansıtılabileceğini ve büyük kolaylıklar getirebileceğini ümit ve temenni ediyorum.

6) Şimdi gelelim mahkemelerin işyüküne ve buna bağlı olarak davaları ne kadar süre içerisinde karara (hükme) bağlayabildiğine:

Bir yargılama hukukçusu ve onun da öncesinde bir insan olarak düşüncem, bir haksızlık, haksızlığın yapıldığını müteakip derhal, aradan neredeyse bir saniye dahi geçmeksizin ortadan kaldırılmalıdır. Yani, insanlık tarihinde öyle düzeye gelinmelidir ki, kişiler arasında ortaya çıkabilecek bir haksızlık, otomatik olarak, o anda (farkedilir edilmez) düzelmelidir. Konu, eğer mahkemeye intikal ederse, hakim basabileceği bir "kumanda düğmesi"ne basıldığı an, haksızlık bitivermeli ve yerini yeniden eski haklılık durumu almalıdır.

Ancak bugün için bu bir "ütopya"dır. Fakat, bu ütopya'ya ne kadar çok yaklaşırsa ve günün birinde insanlık o anı yakalarsa "ütopya" gerçekleşmiş olur. İncancım o'dur ki, "kâmil" olmayı hedeflemiş/hedeflendirilmiş bulunan "insan", bugün için "ütopya" gibi gelen o olgunluğa (tekâmüle) ulaşacaktır; ki, o zaman, zaten "haksızlık" eyleminin olamayacağı zamandır.

Belki de, bu ütopya'yı gerçekleştirme yolunda olduğumuz içindir ki, tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de adalet hizmetlerinin (bu arada, davaların) geciktiğinden yakınılmakta ve adalet hizmetlerinin hızlandırılması için öneriler getirilmekte, yasama organları bu yolda zorlanmakta ve çeşitli yasal düzenlemelere gidilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 24 kez (8), 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunumuzun dokuz kez(9) değiştirildiğini ve bu değişikliklerle (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre/Nöşatel Usul Kanunundan; İcra ve İflâs Kanunumuzun kaynağı olan İsviçre Federal Kanunundan) önemli ölçüde farklılaştığımızı ve halen de sözkonusu kanunlarda yeni yeni değişikliklerin gündemde bulunduğu gözönüne aldığımızda, tekâmül yolunda olduğumuzdan şüphe edilmemelidir. Bu bakımdan, iyimser (optimist) olmamız gerekir kanısındayım. Fakat, aşağıda belirteceğim **istatistiksel rakamlara** baktığımızda, durum, kö-

(8) Bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1996, s. 18.

(9) Bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 1995 s. 30-31.

tümser (pesimist) bir havadadır.

Yapılan istatistikler sonucunda elde edilen sayılar, istatistik konusu olay/olgu hakkında bize sağlıklı bilgiler verdiği gibi, bu sayılar sayesinde sözkonusu olay/olgu hakkında yapılanların yeterli olup olmadığı ve değilse neler yapılabileceğini de belirleyebilme imkânımız vardır.

Ülkemizde adalet istatistikleri hususunda çok değerli kaynaklara sahip bulunduğumuzu (övünerek) ifade etmek isterim. Ülkemizde Devlet İstatistik Enstitüsü, 1937 yılından beri "adalet istatistikleri" adı altında kitaplar yayımlanmaktadır. Bu kitaplarda, genel olarak, adalet teşkilatı ve çalışmaları, adli tabiplikler, Yargıtay çalışmaları, hukuk mahkemeleri çalışmaları, cezaevlerine girip çıkan hükümlüler, noterlik çalışmaları, mahkemelere gelen ve karara bağlanan davalar gibi konulara ilişkin çok değerli istatistiksel sayılar ve bilgiler yayımlanmamaktadır (10). Bunun dışında, ilki 1982 yılında çıkan ve belli bir dönem yayımlanmış bulunan Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün "Adalet İstatistikleri" adlı kitapları (ki, son yıllarda yayımlanmaktadır) mevcuttur. Bunların yanında, adalet hizmetleriyle ilgili olarak bazı yayınlar daha vardır. Bunlara örnek olarak, Cumhuriyetimizin 50 inci yılında çıkartılan "Adalet Bakanlığı, 50. Yıl" adlı eseri (11) ve Devlet Planlama Teşkilatının yayımladığı eserleri (12) gösterebiliriz.

Ayrıca, adalet hizmetleri hakkında çok değerli bilgileri içeren, geleneksel hale gelmiş bulunan ve her adli yılın başında Yargıtay Birinci Başkanlarının yaptıkları konuşma metinlerini de gözönünde bulundurmamız gerekmektedir (13).

Sözünü ettiğim konuşma metinleri teker teker gözden geçirildiğinde, bunların büyük yargıç ağırlığı, titizliği, dengeliliği, kültürü ve engin deneyim ürünü bulunan "dersler" olduğu kolaylıkla anlaşılır. Ancak, ilgililerin bunlardan gerekli "dersi aldığı" pek söylenemez. Bundan ellitüç yıl önceki "1943-1944 adalet yılını açış konuşması" okunduğunda, o konuşmanın tarihi bir an için unutulacak olursa, bunun, bu yılki adalet yılını açış konuşması olduğu sanılabilir. O tarihte de yargıç kadrolarındaki nicelik ve nitelik eksikliğinden ve buna karşılık iş yükünün çok-

(10) Bkz. bu konuda: Ejder Yılmaz, İstatistiklerin 25 Yıllık Diliyle Adalet Hizmetlerimiz (TODAE Amme İdaresi Dergisi 1986/4 s. 61-92).

(11) Adalet Bakanlığı, 50. Yıl, Ankara 1973.

(12) Adalet Hizmetleri, VI. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1989 (bu Raporun II. Bölümü, Başkanlığını yaptığım Komisyon tarafından hazırlanmıştır.)

(13) Yargıtay Birinc Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları, 1443-1993. (derleyen Ali Rıza Geniş), Ankara 1993.

luğundan sözedilmekte idi. Bu husus, aşağı yukarı her yıl yinelenerek günümüze kadar gelinmiştir.

Ülkemizde adalet mekanizmasının yavaş işlediği ve bu konuda acil önlemler alınması gereği, "**Beş yıllık Kalkınma Planları**"na da girmiştir. Örneğin, 1973-1977 dönemini kapsayan Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda (14), özetle, "Bütün kamu hizmetleri gibi adalet hizmetlerinin de hızlı, verimli, tutumlu, vasıflı ve inandırıcı bir şekilde görülmesi temel ilkedir. Adalet hizmetleri konusundaki temel sorun, hizmetlerin bu ilkenin gereklerine uygun bir şekilde görülememesidir... **Adalet reformu çalışmalarına, üçüncü plan dönemi başında başlanacaktır.** Adalet sistemi, gelişip değişen ihtiyaçları karşılayacak şekilde kendini yenileyebilecek dinamik ve esnek bir yapıya kavuşturulacaktır. Adalet kesimi, Anayasa ilkelerinin gereklerine uygun bilgi ve teknik olanaklarla donatılacak, sosyal problemleri azaltmaya ve varolanları da dar çerçevede tutacak seviyede yükseltecektir. Adalet kesimini, hedef alınan düzeye çıkartmak için her derecedeki personelin meslek içi kurslar, görgü ve bilgi artırma yolları ile yetiştirilmesi sağlanacaktır..."

Bu hususlar, Dördüncü (15), Beşinci (16), Altıncı (17) beş yıllık kalkınma plânlarında da tekrar tekrar belirtilmektedir.

1996-2000 yıllarını kapsayan Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda da, amaçlar, ilkeler ve politikalar, "adalet hizmetlerinde adil, hızlı, etkin ve ekonomik sonuç almayı sağlamak üzere, teşkilât yapısında, hukuk kurallarında, hakim, savcı ve adalet meslek personeline ilişkin politikalarda köklü düzenlemeler yapılacaktır" ifadeleriyle başlayarak, bilinen şeyler tekrarlanmaktadır (18).

Diyeceğim o'dur ki, adalet hizmetlerindeki sorunlarımız ve bunların çözüm yolları, belli periyodlarla Devlet Plânlama Teşkilatı salonlarında toplanan uzman kişilerce açıklanmakta ve bunlardan birkaç satırı, "beş yıllık kalkınma plâni"na, bu konudaki kitapçığı çıkarmakta görevlendirilmiş kişi tarafından yazılmakta ve daha sonra, "adalet reformu" denilen ve artık söylene söylene "kuru bir söz" haline gelerek anlamını yitiren ihtiyacı gidermekte görevli ve yetkili kişi ve/veya kuruluşlarca, "galiba" okunmamaktadır. "Galiba" diyorum, çünkü, eğer bunlar okunsaydı, bugün hala adalet reformu konusu gündemde olmazdı.

(14) Ankara 1973 s. 911-912.

(15) Ankara 1979 s. 479 vd.

(16) Ankara 1985 s. 172-173.

(17) Ankara 1989 s. 235

(18) Ankara 1995 s. 122.

Ülkemizde adalet hizmetlerinin işleyişinde büyük sorunlar vardır. Adalet hizmetlerinin tam olarak adil, hızlı, etkin ve ekonomik olduğu söylenemez. Şayet söylense idi, bütün "beş yıllık kalkınma planları"nda bu hususa yer verilmezdi. Ayrıca, bu hükümet programında da plandakilere benzer "süslü" ifadeler bulunmazdı.

Mahkemelerin işyükü konusunda bazı örnekler vermek isterim: Devlet İstatistik Enstitüsü'nün en son çıkarttığı 1993 yılı Adalet İstatistiklerine (19) göre, 1993 yılında adalet mahkemelerindeki toplam dava sayısı 3.285.789'dur. Yine aynı dönemde idari yargıda 232.440 dava vardır. Savcılardaki iş sayısı 1.784.702; icra dairelerindeki iş sayısı ise, 7.355.419'dur.

Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulu'nun 1994 ve 1995 yıllarına ilişkin kararlarına bakıldığında, 1995 yılında Yargıtay'daki dosya sayısı, 413.524'tür (20).

Bu işyüküne karşılık, (1933'teki rakamlarla) ülkemizde 3.192 savcı, 4.803 hakim, 905 idari yargı yeri hakimi, 1.891 icra müdürü ve yardımcısı, 2995 yazı işleri müdürü, 169 idari işler müdürü, 12.343 zabıt kâtibi vb. vardır. Toplam istihdam edilen kişi sayısı 47.245 kişidir (21).

Özetle mahkemelerimiz aşırı iş yükü altındadır ve buna karşılık hakim ve savcı ve diğer çalışan sayısı nicelik olarak yetersizdir. Yapılan bir araştırmaya göre (22) ortalama dava yargılama süresi, asliye ticaret mahkemelerinde 240 gün asliye hukuk mahkemesinde 275 gün; sulh hukukta 120 gün; kadastro mahkemesinde 750 gün; iş mahkemesinde 280 gündür. Ancak, bilindiği üzere yalnızca ilk derece mahkemelerinde dört beş yıl süren davaların sayısı pek çoktur. Bunlara bir de yargıtay (temyiz ve karar düzeltme) safhası eklenecek olursa, ortalama bir davanın iki üç yıl sürdüğünü kabul etmemiz gerekir.

Davaların uzamasının pekçok nedeni vardır. Bunların başında, iş çokluğu ve hakim sayısının azlığı gelir. Bunun çözüm yolu ise, başlıca ikidir: 1) Dava sayısını azaltmak, 2) Hakim sayısını çoğaltmak.

Bugün mahkemelerimizin gördüğü pekçok hususu, dava olmaktan ve hakim tarafından inceleme zorunluluğundan kurtararak davaları azaltmak mümkündür. Örneğin, **kira tesbiti davaları**, dava olmaktan çıkartılarak bu konu oluşturulacak komisyonlarca çözümlenebilir. bu konuda daha önce hazırlanmış

(19) Ankara 1995 s. 2 vd.

(20) Bkz. Yargıtay Kararları Dergisi 1994/3 s. 341-342; 1995/3 s. 365-366.

(21) 1993 yılı Adalet İstatistikleri, yuk dipnot 19'da anılan eser, s. 81.

(22) Mustafa Tören Yücel, Türkiye'de Yargılama Hukukunun Etkinliği, Ankara 1995, s. 13.

bulunan bir yasa önerisi (23), malasef gerçekleştirilememiştir.

Bugün kamulaştırma yapan organlar, bile bile vatandaşın taşınmazını çok düşük bedellerle kamulaştırmakta ve bu sebeple de çok miktarda **kamulaştırma bedelinin artırılması** davası açılmaktadır. Devletin bu konuda daha hassas davranması, bu yöndeki davaları azaltacaktır. Hatta, bu konu, yine bir değerlendirme komisyonuna havale edilerek, dava olmaktan çıkartılabilir.

Ülkemizde, diğer gelişmiş ülkelerde olduğu gibi, "Çekişmesiz Yargı (Nizasız Kaza) Kanunu" yoktur. Bu sebeple, aslında çekişmesiz yargıyı ilgilendiren pek çok husus (mirasçılık belgesi verme, evlât edinme vs), dava kalıbına sokularak, mahkeme önüne getirilmektedir. Bizde de, bir Çekişmesiz Yargı Kanunu kabul edilmeli ve bu gibi hususlarda hakim yerine, adli memur, noter gibi görevlilerce incelenerek karar verilmeli veya işlem yapılmalıdır.

Bugün taşınmazlarla ilgili davaların sayısı da oldukça fazladır. Bunun bir nedeni de, ülkemizde **kadastro faaliyetlerinin** tamamlanamamış olmasıdır. Kadastro faaliyetleri hazırlanarak bu konudaki uyuşmazlık asgariye indirilmelidir.

Hukuk davaları bakımından, yukardaki listeyi kolaylıkla genişletmek mümkündür. Ancak, incelememin sınırı açısından burada daha fazla ayrıntıya giremeyeceğim. Ancak, bu münasebetle idari yargıda da aynı önlemlerin kolaylıkla alınabileceğini belirtmek isterim. Sözgelimi, öğrencilerle ilgili sınav kâğıtlarının değerlendirilmesi işinin idari yargıdan alınarak, bu konuda ilgili eğitim kurumları bünyelerinde oluşturulacak komisyonların bu işlevi yüklenmelerinin gerekli olduğu kanısındayım.

Öte yandan, ülkemizde görev yapan hakimlerin sayısının bugün için en azından iki katına çıkartılması gerektiğine inanıyorum. Bunun sağlanması halinde, bir hakim 1000-1200 dava yerine (ki, bugünkü uygulamaki ortalama sayı budur), 500-600 davaya bakacaktır. Daha ileri ki dönemlerde, **hakim başına düşen dava sayısının** daha da azaltılması için yeni önlemler alınmalıdır. Zira, bugün 1000-1200 davaya bakan bakan hakim, her uyuşmazlık üzerinde yeterince hazırlanabildiğinden sözetmek pek mümkün değildir. Dava sayısının, makul düzeylere indirilmesini sağlanması halinde, verilecek adalet hizmeti, bugüne oranla çok daha "rafine" olacaktır.

Hakim sayısının artması ise, hakimlerin maaşlarının iyileştirilmesine de bağlıdır. Bugün hukuk fakültelerinden mezun olanlar, çok daha iyi olanaklar

sunduğu için diğer mesleklere itibar etmektedir. Hakimlik mesleğinin özendirme için, hakimlere tanınan **maddi olanakların artırılması** zorunludur. Bu açıdan örneğin, maaşlar iki misline çıkartılmalıdır.

Maddi yönden iyileştirme yanında, hakimlik mesleğinin bağımsızlığını ve teminatını sağlayan hükümler gözden geçirilmeli ve özellikle hakimler, tayinleri ve benzeri ihtiyaçları için başka politikacılar olmak üzere sair kişilerin yardımına muhtaç bırakılmamalıdır. Bu sebeple, kendisinden büyük ölçüde yakınılan "Adalet Bakanı'nın ve müsteşarı'nın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda görev almasını mümkün kılan mevzuat" mutlaka değiştirilmelidir.

Hakimler ve savcıların seçimi, atanması ve denetlenmesi konusunda bugün en yerinde olan sistem, hakim ve savcıların kendi aralarından oluşturulacak organların yetkili olmasıdır. Bizde de daha önce böyle bir sistem var iken, bu sistemin terkedilmesi doğru olmamıştır. Gerçi, sistem değişikliğine gidilirken gözönüne alınan gerekçeler de malûmumuzdur. Fakat, şimdiki sistemin daha da kötü çalıştığı ortadadır.

Hakimlerin maddi ve manevi imkânlarının iyileştirilmesi, bu mesleğe olan cazibeyi artıracığından, daha iyi hukukçuların hakimlik mesleğine kazandırılması da imkân dahilinde girecektir. Yine bu yolla, hakimlik mesleğine girecek olanlar bakımından daha titiz seçim yapılması, mesleğin ve buna bağlı olarak verilecek olan hizmetin kalitesini yükseltecektir. Bu sebeple, hakimlere tanınacak olan daha iyi maddi olanaklar, aslında hukukdaşlar için sağlanan imkânlar anlamındadır.

Bugün hakim sayısındaki azlık ve işyükünün fazlalığı nedeniyle, hakimlerin meslek içi eğitimleri yapılamamaktadır. Zira, böyle bir eğitimin yürürlüğe konulması halinde, hakimler düzenlenen kurslarına katılmak durumunda olacaklarından, işlerinin başından ayrılacaklardır. Oysa, onların yerini yargılamayı kesintisiz sürdürecektir "ikame hakimlerimiz" bulunmamaktadır. **Meslek içi eğitim**, hakimlerimiz için, çağdaş hukuku takip etmeleri ve bilgilerini yenileme ve tazelemeleri şarttır. Birakınız meslek içi eğitime katılıp katılmamayı, bugün pekçok yargıcımız işçokluğu nedeniyle Yargıtay kararlarını ve hatta Resmi Gazeteyi bile takip edememekten şikayetçidirler.

7) Uygulamada hakimler, dava dilekçesinin kendilerine intikalini müteakip hemen tensip kararı vererek tarafları duruşmaya davet etmekte ve bunun için yazılı yargılama yöntemi bakımından "layihaların teatisi" aşamasını dahi bek-

lememektedirler. Oysa, önce layihaların karşılıklı teatisinin bitirilmesi, hakimin bunları inceleyip değerlendirmesi ve bundan sonra tarafların duruşmaya çağrılmaları, pekçok açıdan daha pratik ve davaların uzamasını engelleyecek ve tarafları ya da vekillerini (çoğu kez gözlemlendiği üzere) "boşyere" mahkemelere gidip gelme zahmetinden de alıkoyacak bir yöntemdir. Bu arada hakim, davanın usule ilişkin yönlerini (örneğin, dava şartlarını, zamanaşımının bulunup bulunmadığını vebenzerlerini) de incelemiş olacağından, dava hakkında çok kısa zamanda karar verebilme olanağını elde etmiş olacaktır.

Aslında böyle bir yöntemin uygulanması için mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun hükümleri yeterlidir. Ancak, ille de gerekiyorsa, bu konuda Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuza açık hüküm konulmalıdır. Yani, "ön inceleme" safhası yasaca düzenlenmelidir.

Kanımcı, usul yasalarında yapılacak değişikliklerden önce, adalet hizmetlerinin iyileştirilmesi bakımından, hakim sayısını artırma gibi önlemlerin alınması iktiza eder. Yoksa yalnızca usul kanunlarının değiştirilmesi çözüm değildir. Unutulmamalıdır ki, en iyi kanunlar kötü hukukçunun elinde en kötü kanun; en kötü kanunlar iyi hukukçunun elinde en iyi kanunlar haline gelir. "insan" unsuru, herşeyde olduğu gibi yargılama hizmetinde de en önde gelen unsurdur.

8) Davayı uzatan bir diğer sebep, mahkemelerin kendi aralarındaki yarışmalarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yazılan müzakerelerin kısa sürede sonuçlanamamasıdır. Günümüzdeki faks, telefon gibi cihazların adalet hizmetlerinde yeterince kullanılabildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, mahkemelerimiz bu gibi teknolojik araç ve gereçlerle donatılmalı, bilgisayar çağında mahkemeler, bilgisayarın yapacağı işi "manuel" olarak gerçekleştirmeye çalışmalıdır. Bu hem zaman hem de emek kaybıdır. Günümüzde, emek ve zaman en değerli hususlardandır.

Biliyoruz ki, mahkemelerimizin teknolojik donatım bakımından geri kalmasının başlıca nedeni, milli bütçeden mahkemelere yeterli ödenek ayrılmamasıdır. Bütçeyi hazırlayanlar, adalet hizmetinin değerini artık anlamalı ve Adalet Bakanlığı'nı da diğer yatırımcı bakanlıklar gibi değerlendirmelidirler. Aksi halde, adalet hizmetlerinden yakınmalar artarak sürecektir. Çünkü, çağın teknolojik gelişmesine ayak uydurmayan bir adalet mekanizması, hızla gerilemeye devam edecek ve hatta (üzülerek de olsa kabullenmek zorundayız ki)

çökme aşamasına gelecektir. İşte o zaman, çöken, yalnızca "adalet" olmayacaktır.

9) Bugün davaları ve icra-ıflâs takiplerini uzatan bir neden de, içinde yaşadığımız **enflasyonist ortam** nedeniyle kötü niyetli borçluların davaları uzatma gayretleridir. Zira, yasal faiz (adi işlerde) yüzde otuzdur. Buna mukabil yıllık enflasyon, bu miktarın birkaç katıdır. Dolayısıyla, davalar ne kadar uzun sürerse kötü niyetli borçlu bundan o oranda yararlanacaktır. Alacaklı ise, yıllar sonra sonuçlanacak bir mahkeme kararı yüzünden alacağıının tamamını değil, enflasyonun aşındırılması sonucu belli bir bölümünü alabilecektir. Bu sonuç adil değildir.

Hernekadar 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Hakkında Kanun faiz hadleri konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermişse de, Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanmamaktadır.

Borçluların davaların uzamasından yararlanmalarının önüne geçilmesi ve alacaklının alacağıın tam olarak kavuşmasının sağlamak üzere, **faiz oranlarında** gerekli esneklik yapılmalıdır.

10) Gelişmiş ülkelerdeki **mahkemeler teşkilâtı üç derecelidir**: 1) İlk derece mahkemeleri, 2) İstinaf, 3) Üst derece mahkemesi. Üç dereceli sistemde, adaletin hata yapmaması ve eğer bir hata ortaya çıkıyorsa bunun ikinci ve üçüncü dereceli mahkemelerin de süzgecinden geçerek hatanın ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Üçlü sistem kişi bakımından bir güvence oluşturur.

Ülkemizde ise medeni yargı bakımından mahkemeler iki derecelidir: İlk derece (bidayet) mahkemeleri ve Yargıtay; istinaf sistemi bizde mevcut değildir. Hernekadar üçüncü derecenin bulunmasının sakıncası, başka ülkelerde varılmayan "tashihi karar (karardüzeltilme)" kanunyoluyla giderilmeye çalışılmakta ise de, olması gereken hukuk bakımından, bizde de **istinaf mahkemesinin** (ara kademenin) kabulü şarttır. Bu konuda hazırlanmış bulunan tasarılar bugüne kadar yasalaştırılamamıştır. İstinafin kurulması yönündeki çalışmaların bir an önce yasalaştırılması, ümit ve temenni edilir.

İstinafin kurulması halinde, karar tashihi müessesine de ihtiyaç kalmayacağından, kaldırılmalı ve Yargıtay'ın işyükü mutlak suretle azaltılmalıdır.

Yukarda verdiğim rakamdan da görüleceği üzere, ülkemizde Yargıtay'ın yıllık karara bağlamak durumunda olduğu davaların sayısı yüzbinlerle ifade edilmektedir. Oysa gelişmiş batı ülkelerinde bu rakam, birkaç binlerle ve hatta

yüzlerle ifade edilmektedir. Çünkü, Yargıtay'ın işlevi, hukukun tüm ülkede aynı şekilde uygulanmasını temin etmek ve hukuk yaratmaktır. Bizde ise, istinafin bulunmaması yüzünden Yargıtay'ın istinafin görevini de üstlenmekte ve gerçek işlevini yerine getirmekten uzak bir şekilde çalışmaktadır. Pek tabiidir ki, yüzbinlerce dosyayı incelemekle görevli olan Yargıtay Daireleri arasında koordinasyonsuzluğu da gözönüne alırsanız, birbirine tıpa tıp benzer olayda adalet farkı şeklinde tecelli edebilmektedir. Hatta, bazen aynı dairenin aynı gün verdiği kararlar arasında da taban tabana zıt sonuçlara ulaşılabilmesine rastlanmaktadır. Adalet arayanların, bu tür farklılıkları anlayabilmesi mümkün değildir. Çünkü, hukukdaşlar kırk dört yararcasına adalet hizmetinin tam olmasını istemekte, "yerden göğe kadar" haklıdırlar.

Yukarıda başka bir vesile ile değindiğim üzere, istinaf kademesinin kurulması, ülkemizde "adalet reformu" tabirinin kullanılabilmesine yolaçabilecek işlerden sayılabilir.

11) İlk derecede mahkemesi hakimleri de insandır. Hata yapmak insana özgü bir davranıştır. Bu sebeple, ilk derecede mahkemesinin kararından hoşnut olmayan tarafın bu karara karşı (mevcut mevzuatımız çerçevesinde), Yargıtay'a başvurma hakkı vardır. Bugün için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, temyiz (m. 427 vd) ve karardüzeltilme (m 440 vd) olağan yasa yollarını ve yargılamanın yenilenmesi (iadei muhakeme, m. 445 olağanüstü yasa yolunu düzenlemiştir.

Yargıtay'ın aşırı işyükü nedeniyle, temyiz (m. 427) ve karardüzeltilme (m. 440) yollarına başvurabilmek için kanun bazı sınırlamalar getirmiştir. Hatta, kanun koyucunun koyduğu bu sınırların yerinde olup olmadığı hususu Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve ancak Anayasa Mahkemesi, konulan sınırların, Yargıtay'ın işyükü bakımından getirilmek zorunda kalındığı esastan hareketle, istemi anayasaya aykırı görmemiştir (24)

Kanımcıca, yasayollarına başvuru hakkı, hukuk devletinin, hak arama özgürlüğünün kendisinden vazgeçilmeyecek bir görünümüdür. Bugün için konulacak bazı sınırlar Yargıtay'ın işyükünü hafifletebilmek, haklı bir gerekçe olarak karşımıza çıkabilirse de, Yargıtay'ın işyükünün istinaf mahkemelerinin oluşturulmasıyla sağlıklı bir yere gerilmesi daha uygun olan bir çözümdür; bunun yanısıra alınacak diğer tedbirlerle de, Yargıtay gerçek kimliğine kavuşturulmalıdır. Bunlar yapılmadan, yasayollarına başvuru yolunu kapatmak,

(24) Anayasa Mahkemesi 20.01.1986, 23/2 (Resmi Gazete 16.04.1986, sayı 19080 s. 18-28).

hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder. Yapılan istatistikler, ilk derecede mahkemelerinin verdikleri kararların, yaklaşık üçte birinin yanlış olmasına binaen bozulduğunu göstermektedir (25). Belli meblağa kadar olan davaların temyizinin kabul edilmemesi demek, üçte bir oranındaki onbinlerce ilk derece mahkemesi kararının yanlış bir şekilde kesinleşmesine ve böylece adaletin yanlış tecelli etmesine razı olmak demektir. Oysa, **adalet sosyolojisi** açısından, bir mahkemenin (hakimin) verdiği ve denetlenmesi olanağı da bulunmayan herbir yanlış karar, kamuoyunun adalete olan saygısını eksiltene ve adalet duygusu gibi üzerinde titizlikle/titreyerek durulması gereken temel bir düşüncenin yara aldığı bir karardır. Binaenaleyh, yasayollarına başvuru hakkının sınırlandırılması, yerindeliği üzerinde iyice düşünülmesi gereken bir davranıştır kanısındayım (26).

11) Hukuk davaları bakımından adalet hizmetlerinin iyileştirilmesi yönünde mikro düzeyde yukarıda sayılanların yanında daha pekçok konunun bulunduğunu, sözgelimi, bilirkişilik müessesinin gerçek kimliğine kavuşturulması (27); hakimin her konuda tarafın tebligat giderini yatırmasını beklemeden kendiliğinden tebligat yapması ve sair işlemlerde bulunması için, ilgili taraftan davanın başlangıcında veya daha sonraki bir aşamada yargılama giderlerini peşin avans olarak alması; mahkemenin başka yerlerden getirileceği bilgi ve belgelerin temini için "elden takip" ilkesinin yaygınlaştırılması; genel olarak hakimin davada etkinliğinin artırılmasını temin eden yasal düzenlemelerin yapılması; delillerin serbestçe takdir edilmesi kuralının getirilmesi ve benzeri tedbirlerin alınması gerektiğini, bütün bunlar hakkında da gerek öğretinin gerek mahkemeler uygulamasının zengin birer kaynak oluşturduğunu bir kez daha söylemek isterim.

12) Hukuk davalarında adalet hizmetlerinin iyileştirilmesinin mikro düzeydeki önlemlerinden olarak, **icra ve iflâs hukukunda** çeşitli düzenlemeler yapılması gerektiği kanısındayım.

İnceleme konumun dar sınırları bakımından, burada herşeyden önce, **devlet mallarının haczedilip haczedilmemesi konusu** üzerinde durmak istiyorum. Son zamanlarda, bu konunun oldukça güncel hale geldiği bir gerçektir. Hatta, bu konuda yapılan bir başvuru, Anayasa Mahkemesinin bir kararında da değerlendirilmiş ve Anayasa Mahkemesi oyçokluğuyla (ki, bu konuda muhalefet

(25) Bkz. Yılmaz, yuk. dipnot 10'da anılan eser, s. 61 vd.

(26) Ejder Yılmaz, Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bunun Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/1 s. 131-155.

(27) Ejder Yılmaz, Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları (Mali Hukuk 1996).

şerhleri çok değerli hukuki mütalâalar içermektedir) aldığı bir kararla, İİK m. 82/1 hükmünü anayasaya aykırı bulmamıştır (28).

Kanımcıca, Devlet mallarının haczedilmemesi yolundaki hüküm, Devlet bütçesi, Devletin kendi otoritesi ile kendi mallarını haczedememesi ve haczin serbest bırakılması halinde, kamu hizmetlerinin aksaması riskinin (tehlikesinin) bulunması, hele hele ülkemizde (büyük bir "zafiyet" olarak kabul etsek de "devlet malının deniz, yemiyenin domuz olduğu" gibi "devlet düşmanı/sapık" bir anlayış doğrultusunda) geçerli uygulamalara binaen, muhafaza etmemiz zarureti bulunan bir hükümdür.

Ancak uygulamadaki yakınma, bu hükümden ziyade bu hükmün uygulamasından doğmakta olup, Devletin, bazen bu hükmün arkasına sığınıp borcunu ödememesi yolundaki tutumundan kaynaklanmaktadır. Devletin arkasına sığındığı bu düşünce, İİK m. 82/1'in özüne ve Türk insanının Devletine karşı duyduğu saygıya tamamen terstir.

13) Adalet hizmetlerinin iyileştirilmesinde, yasa değişiklikleri yapılması da gerekmektedir. Bu vesileyle, ülkemizde **yasama faaliyetleriyle** ilgili olarak, bazı gözlemlerimi aktarmak isterim.

Bizde, özellikle son dönemlerde, yasaların, üzerinde gerekli titizlik gösterilerek, konuyla ilgili herkesin görüşünün alınarak hazırlandığını söyleyebilmek pek mümkün değildir. Bunun doğal sonucu olarak da, çıkartılan kanunlar uygulamada yeniden değiştirilme durumuna düşmektedir. Hukuk davaları bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz ile İcra ve İflâs Kanunu'nda çeşitli zamanlarda büyük değişiklikler yapılmıştır ve bunlarda değişiklik yapılması yine gündemdedir.

Bir yargılama ve icra-iflas hukukçusu olarak, altını çizerek belirtmek isterim ki, sözünü ettiğim her iki kanundaki değişikliklerde de, konu yeterince tartışmadan ve adeta "yasak savıyormuşçasına" hareket edilerek yasalaştırma yolu tercih edilmiştir. Hatta bazı yasa değişiklikleri bakımından, her nedense, üniversitelerin görüşlerinin alınmasına gerek görülmemiş ve değişikliklerin bazıları, büyük "gizlilik" içerisinde yürütülmüştür. Bu tutumu anlayabilmek mümkün değildir.

Genellikle her hükümet değişikliğinde, konuyla ilgilenenler, yargılama yasalarında değişiklik yapılması gerektiğini ve bu konudaki "üniversite görüşünün ivedi ve on gün (bazen, yedi gün) içerisinde bildirilmesi" şeklindeki ya-

zıları üniversiteye göndermektedir. Eğer, "adalet reformu" hakkındaki görüşlerin böylesine kısa zamanda hazırlanıp Bakanlığa sunulabileceğine inanılıyorsa, bu tutum, işin ciddiyetiyle bağdaştırılmaz.

Bundan bir süre önce, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun değiştirilmesiyle ilgili olarak üniversite, yüksek yargı organları, Adalet bakanlığı ilgilileri, Baro temsilcileri ve yerel mahkeme hakimlerinin de içerisinde yer aldığı devamlı bir komisyon oluşturulmuştu. Bu Komisyon, Kanun üzerinde uzun ve ayrıntılı çalışmalar icra etmişti. Bu Komisyon, çeşitli nedenlerle çalışmalarını bitiremeden lağvedildi. Onun yerine, daha sonra kurulan bir Komisyonca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hazırlanarak Meclis'e sunuldu (28).

Kanımca, gerek hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gerek İcra ve İflas Kanunu gerek Mahkemeler Teşkilatı Kanunu gibi yargıyla ilgili yasa tasarıları üzerinde geniş katılımlı komisyonlar oluşturulmalı ve bu komisyonlar, söz konusu yasa tasarıları üzerinde çalışılmalıdırlar. Konu, kesinlikle aceleye getirilmemelidir.

Bunun ötesinde, aşağıda belirteceğim, kurulmasını benim de önerdiğim Türkiye Adalet Akademisi'nden de bu konuda destek alınmalıdır.

14) Hukukçuların eğitimi, bugüne kadar üzerinde pekçok şey söylenen konulardan biridir (29). Hukukçuların eğitimi, hukuk fakültelerinden başlayarak, lisans öğretimi sonrasındaki stajları, yüksek lisans ve doktora programlarını ve hukuk mesleğini icra edenlerin meslek içi eğitimlerini de kapsayan geniş bir programdır.

Bugün için hukuk fakültelerinin ders programlarının, gelişen ihtiyaçları tam olarak karşılayabildiği söylenemez. Bu sebeple, hukuk fakülteleri müfredat programlarının gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bir süre önce başlatılması düşünülen program değişiklikleri ümit vericidir.

Hakimlik ve avukatlık stajları, hepimizin malûmu olduğu üzere, yetersizdir. Her iki stajın birleştirilerek, ciddi bir şekilde yapılması hukukçu yetiştirilmesinde büyük önem taşımaktadır.

Adalet hizmetlerimizdeki sorunlarımızın çözümüne katkıda bulunabilmesi için, ülkemizde 1972 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından "Birinci Türk

(28) Bkz. yuk. dipnot 7.

(29) Örneğin bkz. Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankara 1993.

Hukuk Kongresi" düzenlendi ve bu kongreye birbirinden değerli 71 adet tebliğ sunuldu ve bu tebliğler üzerinde uzun tartışmalar ve görüşmeler oldu (30). Bu Kongreye sunulan tebliğlerden biri de, büyük bilim adamı Hocamız Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'ın (doksan sayfalık), Türkiye Adalet Akademisi Niçin ve Nasıl Kurulmalıdır" adlı tebliği idi. Sözkonusu tebliğ, yasakoyuncuya kolaylık olsun diye bir Kanun Taslağını da içermekte idi. Taslakta, Akademinin görevleri ayrıntılı olarak belirtilmektedir. Özetle, hukuk ve adalet politikasını ve hedeflerini tayinde Hükümete yardımcı olmak ve tavsiyelerde bulunmak; kanunların hazırlanmasında Hükümete yardımcı olmak ve görüş bildirmek; ön tasarılar hazırlamak; Adalet Bakanlığının, yargı ve yasama organlarının soracakları adif ve mesleki konular hakkında rapor vermek; hukuk ve adalet hayatını ilgilendiren konularda bilimsel çalışmalar yapmak ve toplantılar düzenlemek; hukuk ve adalet hayatına ilişkin öğretim ve eğitim çalışmaları hakkında yetkili mercilere görüş bildirmek; bilgi merkezleri oluşturmak; hakim, savcı, avukat, noter ve adalet memurlarının mesleğe girişte ve meslek içinde eğitimi ve geliştirilmesi için kurslar açmak, sertifika ve diplomayla değerlendirilecek eğitim, öğretim ve uzmanlık programlarını uygulamak ve benzeri hususlar. Bu Akademi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Barolar Birliği, Hukuk Fakülteleri, Türkiye Noterler Birliğinden temsilciler, Türk Hukuk ve adalet hayatında tanınmış şahsiyetler görev yapacaklardı.

Bu Taslak, Adalet Bakanlığı'na sunulmuş ve hatta daha sonra bu Taslak üzerinde Bakanlık nezdinde bir Komisyon oluşturulmuş ve ancak bu Komisyon çalışmalarını tamamlayamadan dağılmıştır. Eğer o tarihlerde, sözkonusu Adalet Akademisi kurulabilse idi, belki bugünkü "adalet reformu" toplantısına gerekde kalmayacaktı. Çünkü Akademi, bu arada büyük mesafeler katetmiş olacaktı.

Adalet hizmetlerinin iyileştirilmesi, yakından izlenmesi ve bundan sonraki ihtiyaçların gerçekleştirilebilmesi, böylesine devamlılık arzedecek olan bir "kurum" ile sağlanabilir. Hazırlanmış olan Taslak üzerindeki çalışmaların yeniden canlandırılmasının ülkemizin yararına olduğuna yürekten inanıyorum. İşte bu Akademi'nin oluşturulması da "adalet reformu" olarak adlandırılabilir bir husustur.

Sonuç:

Yukarda özetler halinde açıkladığım noktalardan hareket edilerek, Türkiye'de adalet hizmetlerinin iyileştirilmesinin üç aşamada gerçekleştirilebileceğine inanıyorum:

Kısa vadede (bir-iki yıl), hakim sayısı artırılmalı, bunu teminen (diğer önlemler yanında) hakimlere tanınan maddi (hatta manevi) imkânlar çoğaltılmalıdır.

Orta vadede (dört-beş yıl) bazı hususların dava olmaktan çıkarılmasını, mahkemelerin reorganizasyonunu sağlayacak mevzuatta, yargılama yasalarında, özetle adalet hizmetlerini ilgilendiren kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Uzun vadede (sekiz-on yıl) hukukçuların nitelik olarak daha iyi yetişmesi için gerekli hertürlü eğitim/öğretim önlemleri alınmalı ve kalıcı kurumlar oluşturulmalıdır.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI (TÜKETİCİ MAHKEMELERİ)

Yrd. Doç. Dr. Ömer ULUKAPI (*)

A. GİRİŞ

Günümüzde iktisadi faaliyetlerin nihai amacı, tüketicilerin ihtiyaçlarını sağlayacak mal ve hizmetleri üretmek ve bu ihtiyaçları akılcı bir dağıtım zinciri oluşturarak karşılamaktır (1). İktisadi ve sosyal alanlardaki genişleme ve gelişmeler ile serbest piyasa ekonomisinin değişen şartları karşısında beliren sorunları yalnız başlarına çözemeyecekleri anlaşılmış ve tüketici menfaatlerini korumak amacıyla çözümler aranmasının zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmıştır. Bu gerçek karşısında, günümüzde hemen hemen her hukuk düzeninde pozitif hukuka yönelik tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Nitekim, ülkemizde 1982 Anayasası m. 172'de, "Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)" (2) ile tüketicilerin korunmasına ilişkin bir takım düzenlemeler getirilmiş (3), kanımca (yetersiz de olsa) bu alanda şimdiye kadarki mevzuat boşluğu giderilmeye çalışılmıştır (4).

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Çağdaş anlamda tüketicinin korunması hareketi, son yıllarda görülen sosyal, ekonomik ve teknik gelişmeler sonucu ortaya çıkmıştır. Tüketicinin korunması için yeni ve özel tedbirlere duyulan ihtiyaç öncelikle Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada olmak üzere İngiltere, Fransa, Almanya, İsveçre, Belçika kanun koyucularını etkilemiş, anılan ülkelerde yapılan mevzuat düzenlemeleri, "tüketim hukuku" denilen yeni bir hukuk dalının oluşmasını sağlamıştır. Bu hukuk dalının konusu ekonomik bakımdan satıcı ve üretici karşısında güçsüz olan tüketicinin korunmasıdır. Başka bir deyişle, tüketim hukukunun temel hareket noktası tüketicinin haklarıdır, bkz. Çevik, K., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Ön Tasarısı ve Tüketim Hukuku, Türk Kamu İş, Nisan 1992, s. 11.

(2) Bkz. RG., 8.3.1995, S. 22221, s. 1-10.

(3) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, adı geçen Kanun'un 33. maddesi gereğince 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(4) Avrupa Topluluğu ve Türkiye'de tüketiciyi koruma politikalarının gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arca, N., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 1995, S. 19-20, s. 107-117), s. 107-110; ayrıca bkz. Doğançın, O. M., Avrupa Birliği'nde Tüketici Hakları Mevzuatı, (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 1995, S. 19-20, s. 97-105), s. 97 vd.; Tek, B., 13. Dünya Tüketici Hakları Günü, Dünya, 15 Mart 1995, Başaran, E., Gümrük Birliği Aşamasında Tüketicinin Korunması ve Tüketici Bilincinin Sorulanması, Dünya, 16 Mart 1995.

Kanun koyucu TKHK'nun amacı başlığını taşıyan m. 1'de, "Bu Kanunun amacı, ekonominin gereklerine sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir" hükmü ile tüketiciyi koruyucu düzenlemelere yer vermiştir. Bu bağlamda, sözkonusu düzenleme karşısında tüketicilerin uğrayacağı zararları karşılamak ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümleme konusunda ayrıca bir düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir. Buradaki incelememizde, bu Kanun kapsamında tüketici ile satıcı veya üretici arasında çıkacak uyuşmazlıkların nerede, hangi prosedür altında ve nasıl çözümleneceğine ilişkin hususlar üzerinde durulacaktır. Derhal ifade etmek gerekirse, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketiciler ile satıcı ve üreticiler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde iki önemli müesseseye yer vermiş bulunmaktadır: Bunlar: Tüketici Sorunları Hakem Heyeti (TKHK. m. 22) ile Tüketici Mahkemeleri (TKHK. m.23)'dir. Biz, burada her iki müesseseyi ayrı ayrı ele alarak inceleyeceğiz.

B) TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ

1) Genel Olarak

Kanun koyucu tüketiciler ile satıcı ve üreticiler arasında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlıkların mahkemelere intikâlinde önce, bu uyuşmazlıkların "tahkim" (5) yoluyla çözümlenmesini amaçlamıştır. Bu amaçla, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinde "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti"nin ku-

(5) Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bunlar tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir. Uyuşmazlığın çözümünün kendilerine bırakıldığı bu kimselere ise hakem denir. Tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Devlet'in yargı organları aracılığıyla çözümleneceğine ilişkin tek istisnasını oluşturmaktadır. Tahkim, düzenleniş itibarıyla mecburî ve ihtiyari tahkim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerek mecburî gerek ihtiyari tahkimde olsun, hakem ya da hakem kurulunun verdikleri kararlar tıpkı mahkeme kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Schwab, K.H./Walter, G./Baumbach, A./Bosch, W., *Schiedsgerichtsbarkeit*, 4. Aufl., München 1990, s. 175 vd.; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, B. 5, İstanbul 1991, s. 3965 vd.; Kuru, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü El kitabı*, İstanbul 1995, s. 1083 vd.; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., *Medenî Usul Hukuku*, Ders Kitabı, B. 7, Ankara 1995, s. 724 vd.; Üstündağ, S., *Medenî Yargılama Hukuku*, C. I-II, B. 5, İstanbul 1992, s. 913 vd.; Yeğenil, R., *Tahkim*, İstanbul 1974, s. 136 vd.; Alangoya, Y., *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973, s. 20 vd.; Postacıoğlu, İ. E., *Medenî Usul Hukuku*, B. 6, İstanbul 1975, s. 783 vd.; Bilge, N./Önen, E., *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, B. 3, İstanbul 1978, s. 741 vd.; Berkin, N.M., *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 1981, s. 918 vd.; Ansay, S. Ş., *Hukuk Yargılama Usulleri*, B. 7, Ankara 1960, s. 404 vd.; Alman, Fransız, İngiliz ve İtalyan tahkim mevzuatı hakkında ayrıca bkz. Yabancı Ülelerde Tahkim (Çev: Kalpsüz, T./ Gürdoğan, B./Karadeniz, Ö./Türk, H.S.), Batider, Ankara 1969.

rulması öngörülmüştür. Nitekim, tüketici sorunları hakem heyetleri tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek ve tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilecek kararları almak üzere kurulur (TKHK.m.22; TSHHY.m.5/I). Tüketici sorunları ile ilgili uyuşmazlıkları çözmük üzere aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz şekilde (6) "tüketici mahkemeleri" kurulması öngörüldüğü halde ayrıca "tüketici sorunları hakem heyeti" kurulması yoluna gidilmesi, temelde tüketicilerin korunmasında gecikmeksizin sonuca ulaşma isteğini yansıtmaktadır (7).

2) Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Kuruluş Amacı

Tüketici sorunları hakem heyetinin kurulması, tüketici ile satıcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların gecikmeksizin çözümlenmesi konusunda kabul edilmiş bir müessesedir. Tüketici ile satıcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların mahkemeye intikâlden önce tüketici hakem heyetine başvurarak uyuşmazlığın çözümlenmesini istemek, usul ekonomisinin (8) bir gereğidir. Zira, bu yolla hem mahkemelerin yükü azaltılmakta hem de (bugün mahkemelerimizin içinde bulunduğu yoğun iş yükü karşısında davaların uzaması gerçeği ortada iken) taraflar bakımından zaman kaybı önlenerek, tüketicinin zararının süratle tazmin edilebilmesi sağlanabilmektedir (9). Öte yandan, hakem heyetine götürülen uyuşmazlık da, mahkeme yargılamasının bürokratik etkilerinden kurtarma amacı da taşımaktadır (10).

Tüketici mahkemelerinin işleyişi açısından tüketici sorunları hakem heyetinin işlevi önem taşımaktadır. Zira, TKHK.m. 22/IV'e göre, uyuşmazlık konusu mal veya hizmet bedelinin 5.000.000.- (1996 yılı için 10.000.000.-) TL'yi

(6) Bkz. aşağıda C.

(7) Zevkililer, A., Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ömek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s. 212.

(8) Bundan amaç, taraflar arasındaki uyuşmazlığın zaman, emek ve masraftan tasarruf sağlayarak çözümlenmesidir. Bugün hemen hemen her ülke kanunlarında bu ilkeye yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 77'de, "Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sür'at ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükellefler" hükmüyle bu hususu teyit etmektedir. Bunun dışında, uyuşmazlıkların daha çabuk ve en azla masrafla sonuçlandırılmasına ilişkin prosedürün temelinde de usul ekonomisi düşüncesi yatmaktadır. Usul ekonomisi hakkında bkz. Mettenheim, C., Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969, s. 15; Schumann, E., Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip, Festschrift für Larenz K., München 1973, s. 278.

(9) "Satıcılar ve tüketiciler arasında çıkabilecek hukukî uyuşmazlıkların mahkemelere intikalinden önce, kamu temsilcisinin başkanlığında, satıcı ve tüketici örgütlerinden gelen temsilcilerinden oluşan ve kararları bağlayıcı olmayan bir hakem heyetinin önüne gelmesi, hem mahkemelerimizin yükünü hafifletecek, hem de taraflar açısından zaman kaybını önleyecektir" (bkz. TKHK.m.22 Gereğesi: TBMM Tutanak Dergisi, s. 7).

(10) Zevkililer, s. 212.

aşmadığı hallerde (11) bu heyetlerce verilmiş bir karar olmaksızın tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Buna göre, tüketici mahkemelerinde dava açabilmek için müddeabihin değerinin (1996 yılı için) 10.000.000 TL'dan fazla olması gerekir. Müddeabihin değerinin bu miktardan aşağı olması halinde, tüketicinin mahkemede dava açma yerine, öncelikli bu ve zorunlu olarak hakem heyetine müracaat edecek ve bu heyetce verilmiş bir karar olmaksızın tüketici mahkemelerine başvuramayacaktır. Tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlıklar hakkında verdikleri kararlar mahkemede delil olarak ileri sürülebilecektir (TKHK.m.22/IV).

Bu düzenleme karşısında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici sorunları hakem heyetinin kurulmasına ilişkin hükümleri belirtilen amacı gerçekleştirmekten uzak görünmektedir. Zira, öncelikle belirli meblağ sınırını aşmayan uyuşmazlıklar bakımından tüketicilerin hakem heyetlerine başvurmalarının zorunlu olarak getirilmesi gerçekte bu hükmün gerekçesinde de ifade edildiği şekilde usul ekonomisi ilkesine uygun bir nitelik taşıyıcı gibi görünse de, bugünkü sözkonusu düzenleme karşısında uyuşmazlıkların çözümünü geciktirici ve korumanın kapsamını daraltıcı nitelik arz etmektedir. Bu bağlamda, yukarıda işaret ettiğimiz şekilde kanun koyucu, tüketici ile satıcı arasında çıkan uyuşmazlıkların "tahkim" yoluyla çözümlenmesini amaçlamış; ancak, bu müessesenin niteliğine uygun olarak verilecek kararların bir bağlayıcılığını öngörmemiştir. Hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, uyuşmazlığı kesin olarak çözmeyip, uyuşmazlığın çözümünde esas olacak tüketici mahkemelerinde delil olarak kullanılabilmesi için hükme bağlanmıştır (TKHK.m.22/IV; TSHHY.m.5/I, 12/IV). Bu da göstermektedir ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde oluşturulan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kapsamında (HUMK.m.516-538) gerçek bir tahkim kurulu değildir (12). Bunların verdikleri kararlar da bir yargı kararı anlamında kesin hüküm oluşturmamaktadır. Mevcut düzenleme karşısında, tüketici hakem heyetlerini tüketici ile satıcı arasında uyuşmazlıkları çözümlemede bir "arabulucu" ya da "sulha teşvik edici kurul" olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Tüketici hakem heyetinin uyuşmazlıklar hakkında verecekleri kararlar da "mahkeme dışında ve fakat resmi merciler önünde yapılan bir sulh sözleşmesi" şeklinde nitelendirmek uygun düşecektir (13).

(11) Bu miktar, her yılın Ekim ayı sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünün Toptan Eşya Fiyatları Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artışı oranında artacağı ve Bakanlıkça her yılın Aralık ayı içinde Resmi Gazetede ilan edileceği düzenlenmiştir (TKHK.m. 22/4; m. 8/son). Bu hükme uygun olarak, 21.12.1995 gün ve 22500 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan TRKGM-95/135-136 sayılı Tebliği ile, bu miktar 1996 yılı için 10.000.000 TL. olarak belirlenmiştir.

(12) Aynı görüşte, Zevkililer, s. 212.

(13) Sulh, uyuşmazlık halinde bulunan tarafların, karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. Yapılışı itibarıyla sulh sözleşmelerini, mahkeme önünde (mahkeme içi) ve mahkeme dışında yapılan (mahkeme dışı) sulh sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Önen, E., Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Tüketici sorunları hakem heyetinin kararının bağlayıcı olmaması karşısında, verilen kararı kabul etmeyen tarafın tüketici mahkemelerine başvurmaktan başka bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Bu şekildeki bir çözüm uyuşmazlıkları uzatıcı bir nitelik arz etmektedir. Halbuki, uyuşmazlık halinde tarafların doğrudan mahkemeye başvurmaları halinde, hakem heyetine başvurulması ile verilecek karar arasındaki zamandan ve yapılacak masraftan tasarruf sağlanmış olacaktır. Özellikle, aşağıda görüleceği üzere (14) hakem heyetine başvuruların en geç bir ay içinde çözüme bağlanacağı (TSHHY.m.13/I) ve hakem heyetinin de, resmi tatile rastlamadıkça, her ayın ikinci ve dördüncü haftalarının ilk günlerinde (yani, onbeş günde bir) toplanacağı (TSHHY.m.14/I) gözönüne alınır, prosedürün gecikmesine sebep olacaktır ki, bu da kanun koyucunun beklediği amacın gerçekleşmemesine yol açacaktır. Bu nedenle, olması gereken hukuk açısından, mevcut düzenlemenin bu sakıncalı yönü gözönüne alınarak, tüketici sorunları hakem heyetlerine gerçek anlamda tahkim kurulu hüviyeti kazandırılarak, verdikleri kararlar bir mahkeme kararı gibi kesin hüküm oluşturabilmelidir (15). Ayrıca, her ne kadar hakem heyetlerine başvuruda meblağ sınırı toptan eşya fiyatlarına göre her yıl için yeniden belirleneceği kabul edilmişse de, başlangıçta bu miktarın günümüz şartlarında 5.000.000 TL gibi cüzi bir rakam olarak belirlenmesi ve artışın da aynı değer üzerinden belirleneceği gözönüne alınır, bu konuda çıkacak uyuşmazlıklara yönelik mahkemelerin yükünü artıracaktır.

Öte yandan, kanun koyucunun tüketici hakem heyetlerinin bakmakla yükümlü olduğu işlere yönelik görev alanını sınırlı tuttuğu da söylenebilir. Nitekim, TKHK.m.22/IV'e göre, "25. maddede cezai yaptırıma bağlanmış hususlara ilişkin uyuşmazlıklar, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev ve yetkisi kapsamı dışındadır". Bu bağlamda, sözkonusu hükümle ceza yaptırımına bağlanmış hususlara ilişkin uyuşmazlıklar, hakem heyetlerinin görev ve yetki alanı dışında kalmaktadır ki bunlar, tüketici sorunlarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır (16).

3) Tüketici Hakem Heyetinin Kuruluşu ve Görev Alanı

Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız şekilde, tüketici hakem heyeti, tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek ve tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilecek kararları almak şeklinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek için, il ve ilçe merkezlerinde kurulur (TKHK.m.22/I; TSHHY.m.5/I). Bunun gibi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, büyükşehir statüsünde

(14) Bkz. aşa. B, 5.

(15) Aynı görüşte, Zevkililer, s. 213.

(16) Zevkililer, s. 213.

bulunan illerde ve ayrıca ihtiyaç halinde diğer il ve ilçelerde müdürlüklerin görüşü alınarak birden fazla hakem heyeti kurulabilir (TSHHY.m.6).

Kanun koyucunun, hakem heyetinin görev alanını tespitinde üç ölçütten hareketle bölümlenme yaptığını görmekteyiz. Bunlar; İdari taksimat, uyuşmazlık konusunun değeri ve uyuşmazlık konusu açılarındandır (17). Bunlardan idari taksimat ölçütüne göre, her il ve ilçe merkezlerinde hakem heyetlerinin kurulacağı, il hakem heyetleri il merkezleri sınırları içerisinde, ilçe hakem heyetleri ise ilçe sınırları içerisindeki uyuşmazlıkların çözümünde yetkilidir (TSHHY.m.5/II). Uyuşmazlıkların çözümünde mal veya hizmetin satın alındığı yer hakem heyetine başvurular yapılır. Kapıdan satışlara ilişkin uyuşmazlıklarda tüketicinin bulunduğu yerdeki hakem heyetine başvurulur. Tüketicinin ikametgahı ile satıcının bulunduğu yerin ayrı ayrı olması halinde, tüketici, ilgili hakem heyetine iletilmek üzere ikametgahının bulunduğu yer hakem heyetine de başvurabilir (TSHHY.m.5/III). Bu durumda, başvuru tarihi, tüketicinin bulunduğu yerdeki hakem heyetine başvurduğu tarih olarak kabul edilmelidir (18). Uyuşmazlık konusunun değeri ölçütü, büyükşehir sınırları içerisindeki uyuşmazlıkların, hangi hakem heyetlerince çözümleneceğine ilişkin hususu esas almıştır. Buna göre, Büyükşehir statüsünde bulunan illerde kurulan il hakem heyetleri, mal ve hizmet bedeli Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca her yıl başında belirlenecek tutarın üzerindeki uyuşmazlıklara bakmakla görevlendirilmiştir. Buna karşılık, belirlenen bu bedelin altındaki uyuşmazlıklar, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kurulu ilçelerdeki hakem heyetlerince çözümlenir (TSHHY.m.5/IV). Uyuşmazlık konusu ölçütüne göre ise, hakem heyetleri, TKHK.m.25'de cezaı yapıtıma bağlanmış hususlar dışında tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmaktadır (TKHK.m.22/V; TSHHY.m.2).

Kanun koyucu, tüketicilerin uyuşmazlıkların çözümü konusunda görevli ve yetkili hakem heyeti yerine, görevsiz ve yetkisiz hakem heyetine başvurulması halinde bunu geçersiz addetmemiştir. Sözkonusu düzenlemeye göre, "hakem heyetleri, görev, yetki ve çalışma kapsamı dışında kalan başvuruları doğrudan ilgili kuruluşlara veya hakem heyetlerine intikal ettirir" (TSHHY.m.5/V) hükmüne yer vermiştir. Buna göre, idari taksimat açısından, il ya da ilçe hakem heyeti dışında başka bir hakem heyetine başvurulması durumunda, başvurunun yapıldığı hakem heyeti bunu görevli ve yetkili hakem heyetine intikal ettirir. Uyuşmazlık değeri ölçütü kapsamında, büyükşehir statüsünde bulunan illerde Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca belirlenen miktar bakımından belirlenen göreve göre, büyükşehirde kurulan il hakem heyeti yerine ilçe hakem heyetlerine ya da ilçe hakem heyetlerine başvurulması gerekirken il hakem heyetine başvurulması

(17) Sözkonusu kıstasların mevcudiyeti hakkında bkz. Zevkililer, s. 214.

(18) Bkz. Zevkililer, s. 214.

durumunda, başvuruda bulunan hakem heyeti bunu görevli ve yetkili il ya da ilçe hakem heyetine intikal ettirir. Uyuşmazlık konusu ölçütü kapsamına göre ise, TKHK.m. 25'de belirtilen cezai yaptırıma bağlanmış ve tüketici mahkemelerinde görülmesi gereken uyuşmazlıklar bakımından hakem heyetine başvurulması halinde, hakem heyeti bu başvuruyu tüketici mahkemelerine intikal ettirir (19).

Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği m.6'ya göre, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca büyükşehir statüsünde bulunan illerde ve ayrıca ihtiyaç halinde diğer il ve ilçelerde il müdürlüklerinin görüşü alınarak birden fazla hakem heyetinin kurulması halinde, bu hakem heyetleri arasındaki dağılımın nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Kanımca, böyle bir durumda hakem heyetlerinin görev ve yetkisi dahilinde bulunan uyuşmazlıklara yönelik ilişki bir iş bölümü ilişkisidir. Bu basit iş bölümü ilişkisini il ve ilçelerde sanayi ve ticaret il müdürü tarafından gerçekleştirilebilmelidir.

4) Hakem Heyetlerinin Oluşumu

Hakem heyetleri başkan dahil beş üyeden (20) oluşur. Hakem heyetinin başkanlığını illerde sanayi ve ticaret il müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür (TKHK.m.22/II; TSHHY.m.7/I). Diğer üyeler ise; belediye başkanının görevlendireceği uzman bir personel, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir avukat, tüketici örgütlerinin (21) seçecekleri bir üye ile sa-

(19) Bkz. Zevkiler, s. 215, 216.

(20) Hakem heyetleri üyelerinin şu şartları taşımaları gerekmektedir (TSHHY.m.8): a) TC vatandaşı olmak b) 18 yaşından küçük, 70 yaşından büyük olmamak c) Ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut afa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irkitap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüyü kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak d) Kamu haklarından mahrum bulunmamak e) Yetkili sağlık kuruluşundan alınacak rapor ile belirlenen ve görevini devamlı yapmasına engel olabilecek vücut veya akıl hastalığı bulunmamak f) İllerde en az lise, ilçelerde en az ortaokul veya denkliği Milli Eğitim Bakanlığınca kabul edilen eğitim kurumlarından birini bitirmiş olmak.

(21) Tüketici örgütleri temsilcilerinin tespitinin nasıl ve hangi ölçütler içerisinde yapılacağı Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği m.9'da açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, hakem heyetlerinde temsil edilecek tüketici örgütleri, illerde il müdürlükleri, ilçelerde kaymakamlıklar tarafından tespit edilmekte ve bu durum tüketici örgütlerine bildirilmektedir. İl veya ilçe merkezinde öncelikle tüketici demağı yoksa tüketici vakfı, vakfın bulunmaması durumunda tüketim kooperatifi hakem heyetine temsilci göndermek üzere belirler. Bunların tespitinde sırasıyla; hakem heyetinin bulunduğu il veya ilçe merkezinde çalışmaların faal olarak yürütülmesi, il veya ilçe merkezinde aynı türden tüketici örgütü varsa kayıtlı üye veya ortak sayısının en fazla olması, ülke düzeyinde kurulan ve faaliyette bulunan şube sayısı dikkate alınmaktadır. Bu şekilde tespit edilen tüketici örgütü yönetim kurulu, temsilcisini belirleyerek illerde il müdürlüğüne, ilçelerde kaymakamlıklara bildirir. Büyükşehir statüsünde bulunan illerde, büyükşehir belediyesine ait sınırlar içerisinde yer alan ilçelerden birinde tüketici örgütünün bulunmaması durumunda, kurulacak olan hakem heyetine, büyükşehir belediyesine ait sınırlar içerisinde yer alan diğer ilçelerde faaliyet gösteren tüketici örgütleri arasından yukarıda belirlenen koşullara göre üye seçilir (TSHHY.m.9/V).

tıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının, satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde esnaf ve sanatkârlar odalarının görevlendireceği bir üye'den oluşur (TKHK.m.22/II; TSHHY.m.7/II). Hakem heyetlerinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde eksik üyelikler başkanın, belirlenecek üye sayısını yazılı olarak bildirmesi üzerine, belediye meclislerince re'sen doldurulur (TSHHY.m.7/III).

Başkan dışındaki üyelerin görev süresi iki yıldır. Görev süresi sona eren üyenin üyelik sıfatı, yerine görevlendirilen kişi göreve başlayıncaya kadar devam eder (22).

5) Hakem Heyetinin Çalışma Usul ve Esasları

Tüketici sorunları hakem heyetine uyuşmazlıklarla ilgili başvuru, uyuşmazlık konusunu içeren dilekçenin, delil oluşturan ilgili belgelerle birlikte hakem heyetine verilmesiyle yapılır (TSHHY.m.12). Aynı uyuşmazlığın aynı ya da farklı hakem heyetleri önüne getirilmesini ve hakem heyetlerinin ihtimal dahilinde bulunan çelişik kararları ortadan kaldırmak ve hakem heyetlerine boşuna zaman ve emek kaybettirmemek düşüncesiyle derdestlik müessesesi kabul edilmiştir. Buna göre, derdestlik, tüketicinin uyuşmazlık konusunda hakem heyetine başvurduğu anda başlamaktadır. Tüketicinin aynı uyuşmazlık hakkında aynı ya da ayrı hakem heyetlerine birden fazla başvuruda bulunduğu takdirde, satıcı derdestlik itirazında bulunabilir (TSHHY.m.12/II). Yönetmelikle belirlenen bu hükümle derdestlik itirazında bulunma karşı taraf için sağlanmış bir usul işlemi olarak görülmüşse de, burada derdestlik itirazı Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında ilk itirazlardan (HUMK.m.187/4) değildir (23). Bu bağlamda, tüketicinin aynı uyuşmazlık konusu hakkında aynı veya ayrı hakem heyetlerine birden fazla başvuruda bulunduğu takdirde, hakem heyeti bunu kendiliğinden dikkate alabileceği gibi, karşı tarafta her zaman derdestlik itirazında bulunabilecektir. Derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için, uyuşmazlık konusunun aynı taraflar arasında aynı konu ve sebebe binaen birden fazla hakem heyetlerinin önüne getirilmesi halinde sözkonusu olur. Hakemlerde görülmekte olan uyuşmazlığın, tüketici mahkemelerinde de ileri sürülmesi halinde derdestlik hükümleri uygulanmaz. Çünkü, bu durum tüketici mahkemelerinde görülecek davalar bakımından açıkça saklı tutulduğu gibi (TSHHY.m.12/IV), uyuş-

(22) Üyeliğin düşmesi hakkında bkz. TSHHY.m.18.

(23) Medeni yargılama alanında derdestlik ve derdestlik itirazı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiryaki, F., Derdestliğin Şartları, ABD., 1979, S. 2, s. 34-40; Şekerci, E., Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik, YD., 1986, (I), S. 3, s. 208; (II), S. 4, s. 396-409; Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, YD., 1995, S. 4, s. 395-445.

mazlıklar hakkında hakem heyetlerinin verecekleri kararların maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaması, hakemlerde görülmekte olan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde dava konusu yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Tüketici hakem heyetlerine uyuşmazlığın çözümü konusunda başvuru halinde, hakem heyeti Yönetmelikte belirlenen her ayın ikinci ve dördüncü haftalarının ilk günlerinde toplanarak (TSHHY.m.14/I), başvurusu tarihi ve sırasını gözönüne alarak en geç bir ay içinde uyuşmazlık konusunu karara bağlar (TSHHY.m.13/I). Acele haller ile hakem heyetlerinin öngördüğü hallerde, bazı uyuşmazlıkların öncelikle sonuçlandırılması da mümkündür (TSHHY.m.13/II) (24). Hakem heyeti, en az üç üye ile toplanır ve oturuma katılanların oy çokluğu ile karar verir. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Oyların eşit olması halinde başkanın oy kullandığı taraf çoğunlukta sayılır (TSHHY.m.17). Hakem heyetlerince inceleme, kural olarak dosya üzerinde yapılır. Gerekli görüldüğünde taraflar dinlenmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde, uzmanlık ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi deliline başvurulabilir. Ancak, seçilecek bilirkişi bir kişiden fazla olamayacağı gibi, aynı konuda birden fazla bilirkişi deliline başvurulamaz (TSHHY.m.20/II). Bunun yanısıra hakem heyeti, uyuşmazlığın çözümünde uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum ve kuruluşlardan isteme yetkisine de haiz bulunmaktadır. Hakem heyetlerinin uyuşmazlığın seyri, toplantıdaki görüşülen konular ile alınan kararları bir tutanakla tespit edilir. Bu tutanak, toplantının ispat vasıtası konumundadır. Tutanak başkan ve üyeler tarafından imzalanır. Bu nüshalardan biri, asıl dosyasında muhafaza edilir, diğeri ise sayfaları müteselsil sıra numaralı karar defterine yapııştırılarak il müdürlüğü veya kaymakamlık mührü ile köşelerinden mühürlenir (TSHHY.m.23). Bu kararlar, bir taraftan verildiği itibaren 3 gün içerisinde taraflara yazılı olarak bildirildiği gibi, diğer taraftan kararların taraf ve sonuçlarını gösterir listeler, illerde il müdürlüklerinde, ilçelerde kaymakamlıklarda duyuru panolarında aylık olarak ilân edilir (TSHHY.m. 24 ve 25). Tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlıklar konusunda verdikleri kararlar maddi anlamda kesin hüküm (25) teşkil etmezler. Bu kararlar yalnız verildikleri uyuşmazlıklar için hüküm ifade etmekte olup, ilişkin buldukları uyuşmazlık benzeri

(24) Tüketicinin yabancı turist olması bu hükmün uygulanması gerektiği açıkça vurgulanmıştır (bkz. TSHHY.m.13/III).

(25) Kesin hüküm, yargı organları tarafından verilen kararlara belirli şartlar dairesinde tanınan bir kanuni hakikat vasfıdır. Kesin hükmün olumlu ve olumsuz olmak üzere iki işlevi bulunmaktadır. Bunlardan olumsuz işlevi ile karar verilmiş bir uyuşmazlık hakkında yeni bir dava açılması ve hüküm verilmesini engellemektir. Olumlu işlevi ise, hükmün içeriğinin yürürlükte tutulmasını ifade eder. Kesin hüküm ve kesin hüküm itirazı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, R. Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1988, S. 5-6, s. 722-723; Gürdoğan, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960; Domanıç, H., Hukukta Kaziyeli Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964; Çenberci, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965.

olaylar için emsal oluşturmazlar. Hakem heyetlerinin verdikleri kararlar, bir yargı kararı konumunda bulunmadıkları için, aleyhine hüküm verilmiş olan tarafın kanun yoluna başvurma hakkı sözkonusu değildir. Bu durumda, hakem heyetinin kararını kabul etmeyen tarafın sorunu dava yoluyla tüketici mahkemelerine götürmekten başka çaresi bulunmamaktadır (26). Böyle bir durumda da hakem heyetinin verdiği karar, tüketici mahkemesinde delil olarak kullanılabilir (TKHK.m.22/IV; TSHHY.m.5/1; m. 12/IV).

C) TÜKETİCİ MAHKEMELERİ

1) Genel Olarak

Kanun koyucu TKHK'nun amacı başlığını taşıyan m.1'de, "Bu Kanunun amacı, ekonominin gereklerine sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir" hükmü ile tüketiciyi koruyucu düzenlemelere yer vermiştir. Bu bağlamda, sözkonusu düzenleme karşısında tüketicilerin uğrayacağı zararları karşılamak ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümleme konusunda ayrı bir düzenleme gereği hissetmiştir. Bu amaçla, TKHK.m.23'de uyuşmazlıkların çözümü konusunda "tüketici mahkemeleri"nin ihdasına yer vermiş bulunmaktadır. Biz burada tüketici mahkemelerini, kuruluş, görev ve yetkileri ile tüketici mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü ana başlıkları altında ele alarak inceleyeceğiz.

2) Tüketici Mahkemelerinin Kuruluşu

Hukuk yargılamamızda tüketici mahkemeleri, yargı örgütü içerisinde yer alan genel hüküm mahkemeleri (27) yanında özel konumdaki mahkemelerdir

(26) Aynı görüşte, Zevkililer, s. 222.

(27) Ülkemizde medeni yargı alanında mahkeme teşkilatı iki derecedir. Nitekim, birinci derecede "hüküm mahkemeleri", ikinci derecede ise kontrol mahkemesi konumunda yer alan "Yargıtay" bulunmaktadır. Bunlardan hüküm mahkemeleri, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığı çözümlen yargı mercileri'dir. Ülkemizde, hüküm mahkemelerinin yapılanması, "469 Sayılı Mevkahimi Şer'iyyenin İlgasına ve Mahakim Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun"a dayanmaktadır. Bu Kanunla, medeni yargı alanında sulh ve asliye mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, aksi özel bir hükümlerle düzenlenmedikçe, hukuk yargılanmasına ilişkin bütün dava ve işlere bakmaktadır. Sözkonusu mahkemelere bu özelliklerinden dolayı "genel mahkemeler" adı verilmektedir, (bkz. Kuru, Usul C. I, s. 41; Kuru, Usul El Kitabı, s. 50; Üstündağ, Usul, s. 47; Berkin, Usul, s. 229; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 74; Bilge/Önen, s. 31; Önen E., Die Organisation der Richter (Gericht) und der Rechtsanwalte in der Türkei, (J. G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 271-290), s. 273-274). Yabancı hukuk düzenlerinde benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak, derhal ifade etmek gerekir ki, her sistemin kendi yapısından kaynaklanan bazı farklılıkların bulunduğu görülmektedir. Nitekim, Alman hukuk yargılamasında mahkemeler teşkilatında genel mahkemeler konumunda "sulh hukuk mahkemesi (der Amtsgericht)", "asliye

(28). Bilindiği üzere özel mahkemeler, belli kişi veya meslek grupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ile kapsamı ve alanı kanunla çizilmiş belli uyuşmazlıklara bakmak için özel kanunlarla kurulmuş mahkemelerdir (29) (30). Bu mahkemelerin görevi genel mahkemelere nazaran istisnai nitelikte bulunduğundan bunlara "istinai mahkemeler" de denilmektedir (31). Özel mahkemeler de hüküm mahkemeleri arasında yer almaktadır (32). Bu mahkemeler, ihtisas isteyen ya da sosyo-politik amaçların ağır bastığı alanlarda kurulan mahkemelerdir (33). İşte, yargı örgütü içerisinde, Tüketicinin Korunması Hakkında

hukuk mahkemesi (der Landgericht)", "eyalet mahkemesi (der Oberlandgericht)" bulunmaktadır. (GVG § 12). Bunun yanında özel mahkemelerin (besondere Gerichte) de ihdasına kanunla cevaz verilmektedir (GVG § 14). Bu hukuk sisteminde üst derece mahkemesi olarak "Federal Yüksek Mahkeme (der Bundesgerichtshof)" (GVG § 12) yer almaktadır, (bkz. Rosenberg, L./Schwab, K. H., Zivilprozessrecht, München 1986, s. 113-114; Lent, F./Jauemig, O., Zivilprozessrecht, München 1972, s. 14-15; Blomeyer, A., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1985, s. 21-26; Arens, P./Lüke, W., Zivilprozessrecht, München 1992, s. 35-36; Baur, F., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1978, s. 24-26). İsviçre hukuk yargılamasında da Kantonlara göre değişiklik arzmesine karşılık, genel olarak ilk derece mahkemeleri genel mahkemeler ve istisnai mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nitekim, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunumuzun kaynağını teşkil eden Neuchâtel Kantonu hukuk yargılamasına ilişkin mahkeme teşkilâtı, "bölge mahkemesi" ve "kanton mahkemesi" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu mahkemelerin üzerinde temyiz mahkemesi konumunda Neuchâtel Temyiz Mahkemesi bulunmaktadır, (bkz. Habscheid, W. J., Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, Basel und Frankfurt 1986, s. 82 vd.; Kummer, M., Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978, s. 45-57; Guldener, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 1947, s. 14 vd.

- (28) Burada özel mahkeme kavramı genel mahkemelerin zıt kavramı olarak kullanılmıştır. Bilindiği üzere genel mahkemeler medeni yargı alanında tarafları kim olursa olsun her türlü uyuşmazlığa bakan mahkemelerdir ki, bunlar sulh ve asliye (asliye tasari) mahkemeleridir. Sulh mahkemeleri ile asliye mahkemeleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir.
- (29) Ülkemizde özel mahkemelere örnek olarak iş mahkemeleri, kadastro mahkemeleri gösterilebilir. Bunun yanında, icra tetkik mercii özel bir yargı organı olarak kabul edilmektedir, bkz. Kuru, Usul C. I, s. 48, dn. 31.
- (30) Kuru, Usul C. I, s. 41; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 74; Bilge/Önen, s. 31; Tüketici mahkemeleri gibi özel mahkemelerin kurulması Anayasa'nın 37. maddesinde öngörülen "tabii hakim" ilkesine aykırı değildir. Özel mahkemelerin kurulması mutlaka özel bir kanun hükmüne dayanmak zorundadır ve bu mahkemelerin yetkisi kanunla belirlenir (A.Y.m.142).
- (31) Postacioğlu, Usul, s. 92.
- (32) Özel mahkemeler medeni yargı alanında özel kanunlarla kurulan, belirli iş ve uyuşmazlıklara bakan hüküm mahkemeleri olmalarına karşın, bu çeşit mahkemelerin verdikleri kararların kanun yolları (temyiz ve karar düzeltme) ile inceleme yerinde Yargıtay'dır.
- (33) Bugün için özel mahkemelerin kurulmasına yönelik olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır. Öğretide ağır basan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, özel mahkemeler kurulmalıdır. Bu görüşün dayanaklarını bir kaç noktada toplamak mümkündür. Öncelikle, özel mahkemelerin kurulması kural olarak genel mahkemelerin yükünü hafiflettiğinden, iş yükü nedeniyle ağır işleyen yargılama faaliyetlerini hızlandırır ve davaların süratle sona ermesini sağlayabilir. Bu da usul ekonomisi (HUMK.m.77) ilkesine hizmet etmektedir. Özel mahkemelerin bakacakları iş ve davalar belirli kişi yahut iş gruplarına göre sınırlandırılması nedeniyle, mahkemelerin yargılama faaliyeti belli alanla sınırlandırılmış olmaktadır. Öte yandan, özel mahkemelerde görülecek davalara genellikle konuyla ilgili ihtisası olan hakimlerin seçilmesi ya da en azından bu alanda belli bir süre sonra tecrübe sahibi olması karşısında verdikleri kararların daha isabetli olması sonucunu doğurabilmektedir. Buna karşılık, öğretideki karşı görüşe göre ise, özel mahkemelerin kurulmasının ardındaki politik, sosyal ve teknik mülâhazalar dikkate alındığında bu mahkemelerin gereksizliği vurgulanabilmektedir. Şöyle ki, öncelikle teorik bakımdan özel mahkemelerde görev alan hakimlerin o alanda ihtisas sahibi oldukları ve bu nedenle kararlarının daha

Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak çıkacak her türlü uyuşmazlıklara bakmak üzere özel yetkili "Tüketici Mahkemeleri" kurulması öngörülmüştür. Bu bağlamda tüketici mahkemeleri, TKHK.m.23 hükmü uyarınca, bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlığa bakmak üzere kurulmuş mahkeme konumundadırlar. Bu mahkemelerin kurulması, tüketici sorunlarıyla ilgili uyuşmazlıkların elden geldiğince çabuk ve basit bir yoldan çözüme kavuşturulması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bugün için ülkemizde genel mahkemelerin iş yükünün fazla olması ve buna tüketici davalarının da eklenmesi durumunda varolan iş yükünün daha da ağırlaşmasına ve bunun da davaların uzamasına neden olacağı bir gerçektir. Ayrıca, genel mahkemelerde kural olarak uygulanan yazılı yargılama usulü de yargılamanın uzamasına neden olabilmektedir. Bu açıdan tüketici uyuşmazlıklarının basit ve hızlı bir şekilde çözümlenmesi amaçlanmaktadır (34). Öte yandan, satıcılar ile tüketiciler arasında çıkan uyuşmazlıkların yaygınlığı ile çözümün uzmanlık gerektirmesi dikkate alındığında (35) tüketici mahkemelerin kurulması kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu gerçek ülkemiz açısından sözkonusu olduğu gibi, aynı gerekçelerle Avrupa Topluluğu ülkelerinde uzun süreden beri dile getirilmektedir. Nitekim, Avrupa Topluluğu ülkelerinde tüketicinin uğradığı zararların tazmini ile ilgili olarak; yapılacak işlemler, mahkemelerin yapısı, olaya ilişkin özellikli kararların alınması, olayın yönetilmesi, hakimin rolü, siyasal partilerin temsil edilmesi, başvurma hakkı, tahkim ve dava açma konuları ele alınmaktadır (36). bu bağlamda, Avrupa Topluluğu ülkelerinin tümünde genel mahkemeler yanında özel tüketici mahkemeleri kurulmuş da değildir. Ancak, tüketici uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözümlenmesi için çeşitli

isabetli olacağı düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır. Zira, ihtisaslaşmış hakimler ihtisas alanları içinde olan işlerden ziyade mevcut ve yerleşmiş kuralların çerçevesinde hareket ettiklerinden mesleğin gerektirdiği gerçek sorunlarıyla meşgul olmaları kolay değildir. Uyuşmazlıkların çözümünde, devletin genel menfaatlerini dikkate alma yerine, ait olunan uyuşmazlık alanlarına yönelik menfaatlerin ön planda gözönüne alınmasına neden olabilmektedir. Burada hakimlerin halledecekleri iş ve uyuşmazlıklarda ihtisas sahibi olmalarından ziyade genel bilgi ve derin bir hukuk nosyonuna sahip olmaları gerekmektedir. Özel mahkemelerde görev yapacak hakimlerin belli bir alanda ihtisas sahibi olmaları verdikleri kararların her zaman için isabetli olacağı varsayımdan öteye gitmeyeceği gibi, genel mahkemelerde görev yapan hakimlerin de ihtisas isteyen bir alana ilişkin uyuşmazlıkta bilirkişi deliline başvurarak bilgi sahibi olması ve kararını buna dayanak yapması ihtimâl dahilindedir. Öte yandan, özel kanunlarla kurulan ve bakacakları işler belirli kişi ya da iş gruplarına göre sınırlandırılan mahkemeler çoğaldıkça, bu mahkemeler arasında da içinden çıkılmayacak derecede görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasına neden olur. Bu yüzden adaletin gerçekleşmesi yavaşlar, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Belgesay, M. R., İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasında Vazife İhtifâtları, (İHFM., 1943, C. IX, S. 1-2, s. 249-256), s. 250-251.

(34) Bkz. Zevkililer, s. 225.

(35) Bkz. TKHK.m.23'ün gerekçesi'nden.

(36) Oktay, M./Tatlıdil, R./Tanyeri, M., Avrupa Topluluğu'nda Tüketiciyi Koruma Politikaları ve Türkiye'nin Uyumunu, Ankara 1989, s. 52.

müesseselere yer verilmiş bulunmaktadır (37). Nitekim, üye ülkelerin uygulamaları yönünden Fransa'da "hızlı mahkemeler", İrlanda'da "bölge mahkemeleri", Hollanda'da kişinin tek başına başvurabileceği "basit mahkemeler", İngiltere'de Ulusal Tüketici Konseyi'nde çözülemeyen konuların aksettği "basit mahkemeler" sorunları çözmektedir. İspanya dışında diğer Avrupa Topluluğu ülkelerinde normal mahkemeler tüketici uyuşmazlıklarını çözmektedirler (38). Avrupa Topluluğu ülkelerinden İspanya'da ise, satıcı ile tüketici arasındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla "hakem mahkemeleri" oluşturulmuş olup, bu hakem mahkemelerinin kararları bağlayıcıdır. Söz konusu bu düzeleme, ülkemizdeki düzenlemenin (39) aksine gerçek anlamda bir tahkim oluşturmaktadır. Avrupa Topluluğu ülkeleri dışında, İskandinav ülkelerinde bu alanda önemli düzenlemelere rastlanmaktadır. Nitekim, İsveç'te "Tüketici Ombudsmanları"nın verdikleri kararlara, satıcıların uymaması halinde, başvurabileceği ve "piyasa mahkemesi" denilen özel tüketici mahkemeleri kurulmuştur (40).

Ülkemizde tüketici mahkemelerinin teşkilâtının belirlenmesi hususunda, TKHK.m.23/II'de, "Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir" hükmü (41) yer almaktadır. Buna göre, mevcut düzenleme karşısında, tüketici mahkemelerinin yargı çevresi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecektir. Ayrıca, TKHK'nun Geçici m.1 hükmünde de, "Tüketici mahkemeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereğince, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 26.6.1995 tarih ve 437 sayılı kararıyla, "Tüketici mahkemeleri kuruluncaya kadar bu mahkemelerde görülmesi gereken davalara, ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ticaret mahkemelerinin, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde ise, üç veya daha fazla asliye hukuk mahkemesi varsa üç numaralı asliye hukuk mahkemesinin, asliye hukuk mahkemesi üçten az ise bir numaralı asliye hukuk mahkemesinin (kıymete bakılmaksızın) bakacağı" belirtilmiştir. Gö-

(37) Avrupa Topluluğu ülkelerinde uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözümü dışında, özellikle Almanya, Lüksemburg, Danimarka ve Hollanda'da tüketici örgütleri bu konuda çok aktiftir. Ayrıca, sulh ve tahkim konusunda üye ülkelerde faaliyette bulunan kuruluşlar, bürolar, özel ve kamunun kurduğu tüketici danışma büroları bulunmaktadır. Bu tüketici danışma büroları, tüketicilerin nereye, nasıl şikayette bulunacakları, yararlanacakları yasal prosedür gibi konularda aydınlatıcı bilgi vermektedirler. Ayrıca, meslek grupları da benzer yapıda birimlere sahiptir, bkz. Oktay/Tatlıdil/Tanyeri, s. 52.

(38) Bkz. Oktay/Tatlıdil/Tanyeri, s. 52; Zevkililer, s. 226.

(39) Türk hukukundaki düzenleme hakkında bkz. yuk. B, 2.

(40) Bkz. Zevkililer, s. 226.

(41) Bu düzenlemenin mahkemelerin yetkisinin kanunla belirleneceği (AY.m.142) hükmüne açıkça aykırı bir nitelik taşıdığı ortadadır. Bu hüküm karşısında, uyuşmazlığı sona erdirecek bir mahkemenin yetkisini kanun koyucunun belirlemesi gerekirken, bunu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakmak kanun yapma yetkisinin hukuka uygun olmayan bir surette devri anlamına gelebilir.

rılmaktadır ki, bir yerde ayrı bir tüketici mahkemesinin kurulmadığı yerlerde. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan doğacak uyuşmazlıklar müddeabihin değerine bakılmaksızın Ticaret veya Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından görülecektir. Derhal ifade etmek gerekir ki, kanun koyucunun yukarıda belirtilen sözkonusu hükmü, konunun kanunlaşma sürecinde de eleştirildiği gibi (42) bu hüküm kanun koyma hakkının ortadan kaldırılmasıdır. Uyuşmazlığı giderecek olan mahkemenin kanun koyucu tarafından tayin ve yetkisinin gösterilmesi gerekirken (43), bunu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakmak kanun koyma hakkının hiçe sayılmasıdır (44). Kuruluşu kanunla düzenlenen ve özel bir mahkeme konumunda bulunan tüketici mahkemelerinin yargı çevresi de kanunla düzenlenmeli ve belirtilmelidir (AY.m.142; HUMK.m.9). Tüketici mahkemelerinin yargı çevresi (yetkisi), fonksiyonu itibariyle idare bir organ olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakmak ne Ayasanın m. 142 hükmü ne de Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu m. 9 hükmü ile bağdaşır nitelikte bir düzenlemedir.

Mevcut durum karşısında tüketici mahkemeleri henüz kurulmamış ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, tüketici mahkemelerinin yargı alanını henüz kesin olarak belirlememiştir. Göreve ilişkin tek düzenlemeye TKHK.m.22'de düzenlenen "Tüketici sorunları hakem heyetleri"ne ilişkin hükümde yer vermiştir. Buna göre, tüketici mahkemeleri uyuşmazlık konusunun değeri (1996 yılı için) 10.000.000 TL'yi aşmadığı durumlarda, tüketici sorunları hakem heyetince bir karar olmaksızın tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Değeri (1996 yılı için) 10.000.000 TL'yi aşan uyuşmazlıklar için doğrudan tüketici mahkemelerine başvurulabilir (45).

Özel nitelikte mahkeme konumunda bulunan tüketici mahkemeleri ile genel mahkemeler arasında nasıl bir ilişki bulunduğu sorulabilir? Bu konuda öğretilerdeki hakim görüşe göre, özel mahkemelerin buldukları yargı çevrelerinde, bu mahkemelerle (dolayısıyla tüketici mahkemeleriyle) genel mahkemeler ara-

(42) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Sanayi ve Teknoloji ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları, özellikle Plan ve Bütçe Komisyonu'nun 24.2.1994 tarih ve 1/463-29 no'lu kararı (TBMM Tutanak Dergisi, B. 63, D. 19, C. 77, s. 12-14).

(43) Ülkemizde mahkemelerin kuruluşu, Anayasa'nın m. 142'deki "mahkemelerin kuruluşu kanunla belirlenir" hükmü gereğince, gerek mahkemelerin görevini gerek yetkisini tespit için bu kural mutlak bir nitelik taşır. Nitekim, bu husus Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.1'de görev açısından, "Mahkemelerin görevi kanunla belirlenir", gerek m.9'da yetki açısından, "Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, açıldığı tarihte Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür" hükmüyle ifade edilmiştir.

(44) Öğretilerde Zevkliler, bu yetkinin belirli oranda siyasal iktidarın etkisi altında kalmaya elverişli olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na verilmiş olmasını, "tabii hakim" ilkesine aykırılık taşıyacağını haklı olarak dile getirmektedir, (bkz. Zevkliler, s. 227).

(45) Ayrıntılı açıklama için bkz. B, 2.

sındaki ilişki bir görev (46) ilişkisidir (47). Azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise (48), bu ilişkinin, asliye hukuk mahkemeleri ile ticaret mahkemeleri arasındaki iş bölümü ilişkisinin (TTK.m.4; m.5) kıyasen burada da geçerli olmasının ülkemiz gerçeklerine ve Teşkilat Kanunu'na (49) daha uygun olacağı ileri sürülmüştür. Kanımca, öğretilerdeki baskın görüş, bu mahkemelerin kuruluş amaçları ve uyguladıkları yargılama usullerindeki (50) önemli farklılıklar dikkate alındığında görev ilişkisi olarak kabul etmek daha isabetli bulunmaktadır. Bu çerçevede, tüketici mahkemelerinde görülmesi gereken bir dava genel veya özel mahkemelerde ya da genel mahkemelerde görülmesi gereken bir dava tüketici mahkemelerinde açılırsa, ilgili mahkeme gerek tarafların itirazı üzerine gerek kendiliğinden dikkate alarak görevsizlik karar vermek zorundadır (51) (52). Görev kurallarına uyulmamış olması bir temyiz sebebi oluşturur (HUMK.m.428/I, 2). Görev kuralları dikkate alınmaksızın, görevsiz mahkemenin verdiği (kesinleşmiş) hüküm batıl sayılamaz ve bu nedenle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. Öte yandan, ayrı bir tüketici mahkemesi kurulmayan yerlerde, bu mahkemelerin görev alanına giren davalar genel mahkemelerde bakılır. Genel mahkeme, bu davalara tüketici mahkemesi sıfatıyla bakar. Bu durumda kural olarak, davanın genel mahkemede özel mahkeme sıfatıyla açılmış ve mahkemenin de davaya bu sıfatla bakarak karar vermiş olması gerekir. Ancak, ayrı özel mahkeme bulunmayan yerlerde, özel mahkemenin görevine giren bir davanın genel mahkemede bu sıfatla (genel mahkeme sıfatıyla) açılmış olması durumunda (genel) mahkemenin, davaya özel mahkeme sıfatıyla baktığını belirtmesi gerekirse de, buna aykırılık bir temyiz (bozma) nedeni oluşturmaz (53). Bu çerçevede, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 22.6.1995 tarih ve 437-2 sayılı kararı ile tüketici mahkemeleri kuruluncaya kadar, Tü-

(46) Görev, belirli bir davaya o yargı yolundaki hüküm (genel ve özel) mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağını gösteren kurallardır. Anayasa m. 142'ye göre, "mahkemelerin görev ve yetkileri kanunla belirlenir". Görev kuralları niteliği gereği kamu düzenine ilişkindir. Taraflar mahkemelerin görevi konusunda görev sözleşmesi yapamazlar. Bu sebeple, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden gözönüne alır.

(47) Üstündağ, Usul, s. 48; Kuru, Usul C. I, s. 466; Kuru, Usul El Kitabı, s. 209; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 187.

(48) Bilge/Önen, s. 146.

(49) 8.4.1924 tarih ve 469 sayılı "Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilâtına Ait Ahkâmî Muaddil Kanun".

(50) Tüketici mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü hakkında bkz. a.ş.a. C. 4.

(51) Görev kurallarına aykırılık hüküm kesinleşinceye kadar gerek mahkeme, gerek Yargıtay tarafından kendiliğinden gözönüne alınır. Hüküm kesinleştikten sonra ileri sürülmez, bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul s. 130.

(52) Mahkeme, görevsizlik kararında (HUMK.m.7/II) görevli mahkemeyi bildirmeli ve dava dosyasını bu (görevli) mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir (HUMK.m.27; m. 193). Görevsizlik kararı bir nihai karar olduğundan temyiz sınırı açık olan kararlar bakımından (HUMK.m.427/II) bu görevsizlik kararı tek başına temyiz edilebilir.

(53) Kuru, Usul C. I, s. 467.

keticinin Korunması Hakkında Kanun'dan doğan uyuşmazlıklar Asliye Ticaret mahkemelerinde ya da ayrı bir Asliye Ticaret mahkemesi kurulmamış olduğu yerlerde ise, sözkonusu kararda belirtilen ilgili Asliye Hukuk Mahkemesinde tüketici mahkemesi sıfatıyla dava açılmış ve bu sıfatla mahkemelerin davaya bakması gerekmektedir. Adı geçen bu mahkemelerde, tüketici mahkemesi sıfatıyla bu dava açılmamış olsa bile, sözkonusu mahkeme tüketici mahkemesi sıfatıyla bu davaya bakmalıdır. Herhalükârda mahkeme, görev ilişkisini gözönüne almalıdır. Ayrı bir tüketici mahkemesi kurulmadığı, asliye hukuk mahkemesinin birden çok daireye ayrıldığı yargı çevrelerinde, yukarıda (54) anılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı gereği (üç numaralı, üçten az olan yerlerde bir numaralı Asliye Hukuk Mahkemelerinin) tüketici uyuşmazlıklarına görev ilişkisi içerisinde bakması durumunda, bu mahkemeye (daireye) diğer asliye hukuk mahkemeleri (daireleri) arasındaki ilişki de bir görev ilişkisidir (55). Burada diğer bir sorun, ayrı bir Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde tüketici uyuşmazlıklarının görev ilişkisi çerçevesinde çözümleneceği belirlenmekle beraber, o yerde Asliye Ticaret Mahkemesinin birden çok daireye ayrıldığı durumlarda (56) hangi mahkemenin (dairenin) bu uyuşmazlığa bakacağı düzenlenmemiştir. Bu bir eksikliklerdir. Kanımca, genel hükümlerin kıyasen burada uygulanması suretiyle bir sonuca varmak uygun olur. Bu durumda, aynı yargı çevresi ve düzeyde bulunan mahkemelerden her birinin hangi davalara bakacağını düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Bu mahkemeler (daireler) arasındaki iş dağıtımının Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasını öngören Teşkilât Kanunu m.3, c.3 hükmü de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (57). Bu iptal kararından sonra, konuya ilişkin bir düzenleme de getirilmiş değildir. Bu konuda öğretilerde (58) azınlıkta kalan görüşe göre, sözkonusu mahkemeler arasındaki iş dağıtımının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiği yönündedir. Ancak, uygulamada bu iş dağıtımının nöbetçi mahkemeler tarafından yapılması yöntemi öğretinin çoğunluğu tarafından da benimsenmiş bulunmaktadır (59). Bu yöntemin, mevcut boşluk karşısında Asliye Ticaret Mahkemelerinde açılacak tüketici uyuşmazlıkları açısından da geçerli olacağı kabul edilebilir. Bu durumda, tüketici uyuşmazlıklarına özel mahkeme (tüketici mahkemesi) sıfatıyla bakacak olan Asliye Ticaret Mahkemesi (daresi) ile o yerdeki aynı konumdaki mah-

(54) Bkz. yuk. C. 2.

(55) Aynı görüşte bkz. Kuru, Usul C. I, s. 468.

(56) Ülkemizde bugün için ayrı ticaret mahkemesi yalnız Ankara, İstanbul, İzmir, Mersin, Bursa ve Kadıköy gibi bazı yerlerde bulunmaktadır.

(57) Bkz. AMK., 7.4.1977, 5/45 (RG., 11.6.1977, S. 15963).

(58) Bilge/Önen, s. 34.

(59) Bkz. Kuru, Usul C. I, s. 45; Üstündağ, Usul, s. 49.

kemeler (daireler) ile diğer mahkemeler (örneğin, asliye hukuk mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi, iş mahkemesi gibi) arasındaki ilişki bir görev ilişkisi olarak telâkki etmek gerekecektir (60). Netice itibariyle tüketici mahkemelerinin görevi konusunda kanun koyucunun getirdiği hükümlerle, buna istinaden Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yukarıda incelediğimiz düzenlemesi bir çok noktada yetersiz kalmaktadır.

Ayrıca, tüketici mahkemelerinin tek hakimle görev yapan mahkemeler mi? yoksa toplu mahkeme mi? olacağı konusunda Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır (61). Bu konuda hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da henüz bir karar almamıştır. Oysa, tüketici mahkemelerinin bulunduğu İsveç'te bu mahkemeler birer toplu mahkeme niteliğinde olup, üyelerinin üçte biri hukukçulardan, üçte biri tüketici temsilcilerinden, üçte biri de sanayi ve ticaret kuruluşları temsilcilerinden oluşmaktadır (62) (63).

3) Tüketicinin Mahkemelerinin Görevi

Tüketici mahkemeleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulaması ile ilgili olarak ortaya çıkacak her türlü uyuşmazlığa bakarlar (TKHK.m.23/I). Buna göre; örneğin, ayıplı bir mal veya hizmet karşısında tüketicinin satıcıya karşı talep hakları değiştirme talebi, bedelin ödenmesi, ücretsiz tamir hakkı, tazminat talebi dava konusu yapılabilecektir (64). TKHK.m.24/I gereğince, satışa sunulan bir seri malın ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması, satış amacıyla elinde bulundurulardan toplatılması için açılacak davalar ile TKHK.m.16 hükmü çerçevesinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığının ti-

(60) Oysa, bir yerdeki birden fazla ticaret mahkemelerinin kendi aralarındaki ilişki bir "adi (basit) işbölümü" ilişkisidir. Başka bir deyişle, yalnız bir iş ilişkisi olup, bu durumda bir yerde birden fazla ticaret mahkemesi arasındaki iş dağıtımı oradaki nöbetçi ticaret mahkemesi tarafından yapılır. Bu iş bölümüne taraflar itiraz edemezler. Buna karşılık, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir iş bölümü ilişkisi olup, bu iş bölümü ilişkisi doğrudan Kanuna (TTK.m.5/II;m.4) dayanmaktadır. Burada taraflar iş bölümü itirazında bulunabilirler (TTK.m.5/III). Ticaret mahkemeleri ile genel mahkemeler arasındaki işbölümü ilişkisi hakkında bkz. Atalı, M., Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1993, s. 51 vd.

(61) Ülkemizde bugün için, toplu mahkeme sistemi Teşkilât Kanunu'nda öngörüldüğü şekilde sadece Asliye Ticaret Mahkemelerinde uygulanmaktadır. Buna göre, ticaret mahkemeleri, tamamı meslekten olan, bir başkan ve iki üye hakimden oluşan birer toplu mahkeme konumundadır (Teşkilât Kanunu m.1/I).

(62) Bkz. Zevkiler, s. 228.

(63) Ülkemizde bugün için tek toplu mahkeme konumunda bulunan Asliye Ticaret Mahkemeleri açısından öğretilerde, bazı batı ülke hukuklarında olduğu şekilde hukukçu olmayan hakimlerinde görev yapmasının yerinde olacağını savunular bulunduğu gibi, böyle bir sistemin uygulanmanın kanunen imkânsız bulunduğu ve bundan başka ticaret mahkemelerinde görev yapacak hakimlerin ne öğrenim ne de staj dönemlerinde, bu alana yönelik yetiştirilmelerinin sözkonusu olamayacağı ifade edilmektedir. Bu konuda görüş ve eleştiriler hakkında bkz. Karayalçın, Y., Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 244-245; Postacıoğlu, İ. E., Bizde Ticaret Mahkemeleri İslaha Muhtaç mıdır? (İzBD., 1947/42, s. 8-15), s. 8 vd. ile (İzBD., 1947/43, s. 15-21), s. 15-16.

(64) Erdoğan, İ., Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, (THED., 1996/2, s. 12-18), s. 13-14.

cari reklam ve ilânın durdurulması ve/veya aynı yöntemle düzeltilmesini ilgililerden istemesine rağmen bu aykırılığın sürmesi halinde, bu ticari reklam ve ilânın durdurulması ve/veya aynı yöntemle düzeltilmesi talepleri tüketici mahkemelerinin konusuna girer. Bunun gibi, satışa sunulan seri malı satın alarak ayıplı olmasından dolayı zarar gören tüketicilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlar nedeniyle tek tek dava açma hakları bulunduğu gibi (TKHK.m.24/IV), dava konusu malları satış amacıyla elde etmiş olan üçüncü kişilerin açacakları rücu davaları da asıl davaya bakan tüketici mahkemelerinde görülür (TKHK.m.24/III). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulaması ile ilgili olarak, ihtiyati tedbir (HUMK.m.101 vd.) talepleri hakkında karar vermek de tüketici mahkemelerinin görev alanına girer.

Bunun dışında, özel bir kanun hükmünün tüketici mahkemelerine atfen görev alanını belirlediği uyuşmazlıklar bu mahkemelerde görülür.

4) Tüketici Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü

Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yedinci babı, dördüncü faslı hükümleri uygulanır (TKHK.m.23/III). Başka bir deyişle, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda basit yargılama usulü (65) uygulanacaktır (HUMK.m.507-511) (66) (67). Buna göre:

Yukarıda belirttiğimiz şekilde, kural olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan doğan her türlü uyuşmazlıklar müddeabihin değerine bakılmaksızın tüketici mahkemelerinde görülür. Ancak, TKHK.m.22/IV'e göre, tüketici mahkemelerinde doğrudan dava açabilmek için müddeabihin değerinin 5.000.000.-(1996 yılı için) 10.000.000.-TL'dan fazla olması gerekir (68). Bu değerden düşük uyuşmazlıklar bakımından, öncelikle ve zorunlu olarak hakem heyetine başvurulacak ve bu hakem heyetinin bir kararı tüketici mahkemelerinde dava açılmayacaktır. Tüketici mahkemelerinde dava dilekçe ile açılır (69). Dava dilekçesinde yazılı delillerde eklenir. bu bağlamda TKHK.m.22/IV gereğince,

(65) Basit yargılama usulü hakkında bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 700-702; Üstündağ Usul, 762.

(66) Basit yargılama usulünü düzenleyen HUMK.m.507'de bu yargılama usulüne tâbi davalar sayılmıştır. Onuncu bendinde ise, "özel bir kanun hükmü ile basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiş olan dava ve işlerde basit yargılama usulü uygulanır" hükmü yer almaktadır.

(67) Basit yargılama usulü, yazılı yargılama usulünden daha basit ve çabuk işleyen bir yargılama usulüdür. HUMK.m.511 gereğince, basit yargılama usulü bölümünde hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulü uygulanacaktır. Ancak, derhal belirtmek gerekirse, tüketici mahkemelerinde görülecek davalar bakımından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen usule müteallik hükümler öncelikle uygulama alanı bulacaktır.

(68) Bkz. B, 2 orada dn. 11.

(69) Buna karşılık, tüketici mahkemelerinin çalışmasının basitleştirilmesi ve başvuruların kolaylaştırılması amacıyla Avrupa ülkelerinin bir kısmında, bu konudaki başvuruların yazılı biçimde yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır, bkz. Zevkiler, s. 228.

tüketici sorunları hakem heyetlerinin verecekleri kararlar tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebileceğinden, bunlar da dava dilekçesine eklenmelidir. Dilekçe iki nüsha olarak mahkemeye verilir (HUMK.m.508). Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından açılacak davaların her türlü resim ve harçtan muaf olacağı (70) açıkça hükme bağlanmıştır (TKHK.m.23/III) (71).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre, tüketici mahkemelerinde genel olarak dava açma hakkı olan kimseler, tüketici örgütleri (72) ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'dır (TKHK.m.23/III) (73 (74)). Dolayısıyla, davada davacı tarafında bu kimseler yer alacaktır. Tüketiciler, tüketici örgütleri ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yukarıda belirttiğimiz esaslar dahilinde açılacak davalar, satıcı ve/veya üretici aleyhine açılacaktır. Başka bir deyişle, davalı hanesinde tüketiciye zarar veren ya da zarar verdiği iddia edilen satıcı ve üreticiler yer alacaktır. Davacılar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan bu taleplerini şartların varlığı halinde birlikte açabilecekleri, birden fazla davalıya karşı da birlikte dava açılabilir. Bu durumda, davacı ve/veya davalı

- (70) Bu düzenleme, başvuruları kolaylaştırıcı niteliktedir. Zira, uyuşmazlık konusu mal ve hizmetin değeri üzerinden harç ve yargılama giderleri ödeme endişesi, bir çok tüketici yönünden, dava açma konusunda caydırıcı bir unsur olmaktadır, bkz. Zevkliler, s. 228.
- (71) Bu hükmün tüketiciler ile üreticiler arasında eşitsizlik yarattığı ve yerinde bir düzenleme olmadığı konusunda eleştiriler bulunmaktadır. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, bugün uluslararası seviyede kabul görmüş Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü tarafından ilân edilen sekiz tüketici hakkından biri de "zararın süratle tazminini talep hakkı"dır. Ayrıca bu hususa, TKHK'un amacının yer aldığı 1. maddede "Bu Kanunun amacı, ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir" şeklinde açıkça yer verilmiştir. Satın almış olduğu bir mal veya hizmetten dolayı herhangi bir zarara uğrayan tüketicinin zararının süratle tazmin edilmediği hallerde tüketicilerin korunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu açıdan tüketici zararlarının üretici veya satıcı tarafından karşılanmadığı hallerde, çok kısa süreli ve az masraflı yargı yollarına başvurabilmelidir (bkz. Tandoğan, H., Sözleşme Özgürlüğü, Ankara 1977, s. 46; Göle, C., Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 19). Kaldı ki, bu düzenleme kamu yararı amacıyla konulmuş, günümüzde toplumun ekonomik ve sosyal zaruretlерinden kaynaklanmaktadır.
- (72) Buradaki tüketici örgütlerinden amaç, tüketicilerin korunması amacıyla kurulan demек, vakıf ve tüketim kooperatifleri'dir (TKHK.m.3/İ).
- (73) Kanun koyucu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici Hakkında Kanun'da Tüketici Konseyi'ne doğrudan doğruya dava açma yetkisi tanımamıştır. Tüketici Konseyi Başkanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na başvurarak dava açılmasını isteyebilir (TKHK.m.21/1; Tüketici Konseyi Yönetmeliği m. 6). Oysa, İsvçç'te bizdeki Tüketici Konseyinin karşılığı sayılabilecek "Tüketici Ombudsmanı"na dava açma yetkisi tanınmıştır, bkz. Zevkliler, s. 229.
- (74) Bunlardan, tüketiciler kendileri ile ilgili sorunlar hakkında bireysel; tüketici örgütleri, üyelerini oluşturan tüketicileri korumak üzere onlar adına; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ise, Kanunla kendisine verilen yetkiler çerçevesinde ve özellikle Reklam Kurulunun (TKHK.m.17) ve Tüketici Konseyinin (TKHK.m.21) başvuruda bulunduğu durumlarda dava açabilirler.

tarafıta ihtiyari dava arkadaşlığı'ndan bahsedilir (HUMK.m.43) (75).

Tüketici mahkemelerinde, davalının cevap layihasını on gün içinde verme zorunluluğu yoktur. Davalı, esasa ilişkin cevaplarını yazılı veya sözlü olarak mahkemeye bildirebilir. Davalı ilk oturumda (davalının savunması tutanağa yazıldıktan sonra) esasa cevap vermek isterse, davacı savunmanın genişletildiği itirazında bulunabilir. Davalı, ilk itirazlarını ilk oturuma kadar (en geç ilk oturumda esasa girmeden önce) mahkemeye yazılı veya sözlü olarak bildirilebilir. Tüketici mahkemelerinde davalı, karşılık dava açmak istediği takdirde en geç ilk oturuma kadar açabilir.

Tüketici mahkemelerinde delillerin ilk oturumda derhal gösterilmesi zorunludur (HUMK.m.510). Burada hakimin taraflara delil göstermeleri için bir süre verme zorunluluğu yoktur. Ancak, hakim, tarafları korumakla yükümlü olduğu menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde, her zaman delillerin tamamlanmasını emredebilir (HUMK.m.511/II).

Tüketici mahkemelerinde davaların görülmesi duruşmalı olarak yapılır. Bu amaçla, basit yargılama usulünde taraflara çıkarılacak duruşma davetiyesinin içeriği, tarafların duruşmaya çağırılması ve yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesi hususları tamamen yazılı yargılama usulünde olduğu gibidir. Usulüne uygun bir biçimde duruşmaya çağırılmış olmalarına rağmen her iki tarafın da duruşmaya gelmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılması (HUMK.m.409/I;m.511) söz konusudur.

Tüketici mahkemelerinde uygulanacak basit yargılama usulüne ilişkin bu hususlar dışında, yazılı yargılama usulü kuralları niteliğine aykırı düşmedikçe burada da uygulanması sözkonusudur. Tüketici mahkemelerinde açılan davalara adli tatilde de bakılır (HUMK.m.176/11 kıyasen).

D. SONUÇ

İktisadi ve sosyal alanlardaki genişleme ve gelişmeler ile serbest piyasa ekonomisinin değişen şartlar karşısında tüketici ile satıcı arasında ortaya çıkan sorunların sür'atle çözümlenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, satıcı ve üretici karşısında daha güçsüz durumda bulunan ve bu yüzden korunmaya değer görülen tüketicilerin uğrayacağı zararları karşılamak ve ortaya çıkacak uyuşmazlıkların hangi mercilerde ve nasıl çözümleneceği sorunu büyük önem taşımaktadır. Bu gerçekten hareketle, tüketiciler ile satıcı ve üreticiler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, 4077 sayılı "Tüketicinin

(75) İhtiyari dava arkadaşlığı'nın mümkün olduğu haller ile hükümleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ulukapı, Ö., Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 114 vd.

Korunması Hakkında Kanun" iki önemli müesseseye yer vermiş bulunmaktadır. Bunlar: "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" (TKHK.m.22) ile "Tüketici Mahkemeleri" TKHK.m.23)'dir.

Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, tüketici ile satıcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeye intikalinden önce tarafların başvurusu halinde, sözkonusu uyuşmazlığın zaman kaybı önlenerek sür'atle çözülmesini sağlama ve bu arada mahkemelerin bürokratik etkilerinden kurtarma amacı taşımaktadır. Kanun koyucunun gerçek iradesi bu olmakla birlikte, mevcut düzenleme gerçeği aksettirmemektedir. Şöyle ki, yukarıda da işaret edildiği gibi kanun koyucu, tüketici ile satıcı arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların "tahkim" yoluyla çözümlenmesini amaçlamış; ancak, bu müessesenin niteliğine uygun verilecek kararların kesin bir bağlayıcılığını öngörmemiştir. Bu husustaki mevcut düzenleme, hakem heyetlerinin verecekleri kararlar, uyuşmazlığı kesin olarak çözmeyp, uyuşmazlığın çözümünde esas olacak tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebileceğini (TKHK.m.22/IV) hükme bağlamıştır. Bu durumda ihtimâl dahilinde hakem heyetinin kararını kabul etmeyen tarafın (tüketicinin) tüketici mahkemelerine başvurmaktan başka bir çözüm yolu da bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir çözüm, uyuşmazlıkları uzatıcı bir nitelik arzeder. Kanımca, olması gereken hukuk açısından "hakem heyetleri"nin başvuru uyuşmazlıklar konusunda verecekleri kararların aynı bir yargı (mahkeme) kararı şeklinde kesinliğini kabul etmek bu müesseseden beklenen amaca uygun düşer. Mevcut düzenlemede kanun koyucu, hernekadar hakem heyetlerine başvuruda meblağ sınırının toptan eşya fiyatlarına göre her yıl için yeniden belirleneceğini kabul etmişse de başlangıçta bu miktarın günümüz şartlarında 5.000.000 TL. gibi cüz'î bir rakam belirlenmiş olması ve artışında aynı değer üzerinden belirleneceği gözönüne alınırsa, uyuşmazlıkların çözümünde hakem heyetlerine intikâl edecek işlerin azalmasına neden olmasına karşılık, bu ölçüde mahkemelerin yükünü artıracacağı da bir gerçektir. Öte yandan, tüketici hakem heyetlerinin bakmakla yükümlü olduğu işlere yönelik görev alanının oldukça sınırlı tutulduğu da söylenebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin diğer bir yol olarak, "Tüketici Mahkemeleri"ne yer vermiştir. Tüketici mahkemeleri, yargı örgütü içerisinde yer alan genel hüküm mahkemeleri yanında özel konumdaki mahkemelerdir. Bu mahkemeler, TKHK.m.23 hükmü uyarınca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan doğacak her türlü uyuşmazlığa bakmak üzere kurulmuş mahkemelerdir. Sözkonusu mahkemelerin ihdasıyla, bugün için ülkemizde genel mahkemelerin gerek iş yüklerinin fazla olması ve davaların uzaması karşısında gerek ihtisas isteyen bir alana yönelik olması ha-

sabiyle, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde yararlı olacağı kaçınılmazdır. Ayrıca, tüketici mahkemelerinde uygulanacak prosedürün "basit yargılama usulü" (TKHK.m.23/III)'nün kabul edilmiş olması, davaların basit ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amacına yöneliktir. Mamafih kanun koyucunun amaçladığı düşünce bu olmasına karşılık, tüketici mahkemelerinin yargı teşkilâtının belirlenmesinde kanunla yapılması gereken bir düzenlemenin TKHK.m.23/II gereğince, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bırakılması, "mahkemelerin görev ve yetkisinin kanunla belirleneceği" (AY.m.142) anayasa kuralına açıkça aykırı bir hüküm taşır. Bu itibarla, kuruluşu kanunla düzenlenen ve özel bir mahkeme konumunda bulunan tüketici mahkemelerinin görev ve yargı çevresi kanunla düzenlenmeli ve belirtilmelidir. Mevcut durum karşısında tüketici mahkemeleri henüz kurulmadığı gibi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da yargı alanını henüz kesin olarak belirlememiştir. Özel mahkeme konumunda bulunan tüketici mahkemeleri ile genel mahkemeler arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir. Öte yandan, ayrı bir tüketici mahkemesi kurulmayan yerlerde, bu mahkemelerin görev alanına giren davalar genel mahkemelerde bakılır. Genel mahkemeler, bu tür davalara tüketici mahkemesi sıfatıyla bakar. Kanun koyucu tüketici mahkemelerinin tek hakimle görev yapan mahkemeler mi? yoksa toplu nitelikteki mahkemeler mi? olacağı konusunda açık bir hüküm de getirmiş değildir. Tüketici mahkemelerinde dava açma hakkı, tüketiciler, tüketici örgütleri ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile sınırlı tutulmuştur.

Sonuç olarak, mevcut eksikliklerine rağmen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların birer ihtisas mahkemesi konumunda bulunan "Tüketici Mahkemeleri" eliyle çözümlenmesi taraf ve kamunun menfaatine hizmet edeceği kuşkusuzdur. Kanun koyucunun, yukarıda tespit ettiğimiz doğrultuda eksiklikleri giderecek, sakıncalı yönleri bertaraf edecek bir düzenlemeye gitmesi beklenen sonuçtur. Öte yandan, bugünkü yargı sistemimizde mahkemelerin iş yükünün oldukça fazla olması ve hakim azlığı gibi nedenlerle davaların uzaması karşısında, "Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri"ne gerçek anlamda tahkim kurulu hüviyeti kazandırılarak, verdikleri kararların bir mahkeme kararı şeklinde maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmelidir.

BİBLİYOGRAFYA (*)

- ALANGOYA, Y., Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- ANSAY, S.Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, B. 7, Ankara 1960.
- ARENS, P./LÜKE, W., Zivilprozessrecht, München 1992.
- ARICA, N., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Eylül-Ekim-Kasım Aralık 1995, S. 19-20, s. 107-117).
- ARSLAN, R., Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, ABD., 1988, S. 5-6, s. 722-723.
- ATALI, M., Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1993.
- BAŞARAN, E., Gümrük Birliği Aşamasında Tüketicinin Korunması ve Tüketici Bilincinin Sorgulanması, Dünya, 16 Mart 1995.
- BAUR, F., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Frankfurt 1978.
- BELGESAY, M.R., İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasında Vazife İhtilâfları, (İHFM., 1943, C. IX, S: 1-2, s. 249-256).
- BERKİN, N.M., Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981. (Berkin, Usul).
- BİLGE, N./ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 1978.
- BLOMEYER, A., Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1985.
- ÇENBERCİ, M., Hukuk Davalarında Kesin Hüküm, Ankara 1965.
- ÇEVİK, K., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Ön Tasarısı ve Tüketim Hukuku, Türk Kamu İş, Nisan 1992.
- DOĞANGÜN, O. M., Avrupa Birliği'nde Tüketici Hakları Mevzuatı, (Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 1995, S. 19-20, s. 97-105).
- DOMANIÇ, H., Hukukta Kaziyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti, İstanbul 1964.
- ERDOĞAN, İ., Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, (THED., 1996/2, s. 12-18).

(*) Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar, parantez içerisinde gösterilmiştir.

- GÖLE, C., Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- GULDENER, M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht, Zürich 1947.
- GÜRDOĞAN, B., Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- HABSCHEID, W. J. Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, Basel und Frankfurt 1986.
- KALPSÜZ, T./GÜRDOĞAN, B./KARADENİZ, Ö./TÜRK, H.S. (Çev.), Yabancı Ülkelerde Tahkim, Batider, Ankara 1969.
- KARAYALÇIN, Y., Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticari İşleme, Ankara 1968.
- KUMMER, M., Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1978.
- KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, B. 5, İstanbul 1991. (Kuru, Usul C. IV).
- KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995. (Kuru, Usul El Kitabı).
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, B. 7, Ankara 1995. (Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul).
- LENT, F./IAUERNIG, O., Zivilprozessrecht, München 1972.
- METTENHEIM, C., Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969.
- OKTAY, M./TATLIDİL, R./TANYERİ, M., Avrupa Topluluğu'nda Tüketiciyi Koruma Politikaları ve Türkiye'nin Uyumunu, Ankara 1989.
- ÖNEN, E., Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- ÖNEN, E., Die Organisation der Richter (Gericht) und der Rechtsanwaelte in der Türkei, (J. G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 271-290).
- POSTACIOĞLU, İ.E., Medeni Usul Hukuku, B. 6, İstanbul 1975. (Postacioğlu, Usul).
- POSTACIOĞLU, İ. E., Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç mıdır? (İzBD., 1947/42, s. 8-15); (İzBD., 1947/43, s. 15-21).
- ROSENBERG, L./SCHWAB, K.H., Zivilprozessrecht, München 1986.
- SCHUMANN, E., Die Prozessökonomie als Rechtethisches Prinzip, Festschrift für Larenz K., München 1973.

- SCHWAB, K.H./WALTER, G./BAUMBACH, A./BOSCH, W., Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., München 1990.
- ŞEKERCİ, E., Medeni Usul Hukukunda ve İdari Yargılama Usulünde Derdestlik, (YD., 1986, (I), S. 3, s. 208; (II), S. 4, s. 396-409).
- TANDOĞAN, H., Sözleşme Özgürlüğü, Ankara 1977.
- TEK, B., 13. Dünya Tüketici Hakları Günü, Dünya, 15 Mart 1995.
- TİRYAKİ, F., Derdestliğin Şartları, (ABD., 1979, S. 2, s. 34-40).
- ULUKAPI, Ö., Medeni Usul Hakkında Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- ULUKAPI, Ö., Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, (YD., 1995, S. 4, s. 395-445).
- ÜSTÜNDAĞ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, B. 5, İstanbul 1992. (Üstündağ, Usul).
- YEĞENGİL, R., Tahkim, İstanbul 1974.
- ZEVKLİLER, A., Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996.



İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

Yrd. Doç. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
S.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik
Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

İşçilerin, serbestce sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut sendikal faaliyette bulunmaları hakkından, kısaca bireysel sendika hürriyetinden sözedilebilmesi herşeyden önce, üyelik güvencesinin sağlanmasına bağlıdır. Bu güvence işe girişte, iş ilişkisinin devamı süresince ve hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde (feshe karşı koruma) olmak üzere, belirtilen üç aşamayı da kapsamalıdır. Aksi takdirde bireysel sendika hürriyetinin herhangi bir anlamı kalmaz. Zira, "temel hak ve hürriyetlerin uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda yer alması, salt bu sebeple bunların yeterince ve doğrudan güvence verildiği anlamına gelmez" (1). Bu çalışmamızda üyelik güvencesini, iş ilişkisinin devamı süresi ile sınırlı olarak inceleyeceğiz. Bir diğer ifade ile, işçinin sendikal nedenlerle işe alınmaması veya işten çıkartılması, burada ele alınmayacaktır.

İşçi sendikası üyeliğinin iş ilişkisi devam ederken korunması, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyette bulunması nedeniyle, işverenin farklı işlemde bulunmamasını, yani işverenin bu sebeplerle ayırım yapmamasını ifade eder. Başka bir deyişle, işveren, iş ilişkisinin devamı veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma koşulları bakımından ayırım yapamaz. İşverenin aksi tutumu, işçinin bireysel sendika hürriyetinin ihlali anlamını taşır. Zira, işçinin devlet, diğer sosyal güç ve kişilerin her türlü engel ve yasaklamalarından uzak olarak meslek, ekonomik ve sosyal durumlarını koruyabilmek ve geliştirmek amacıyla kurulmuş bulunan sendikalara üye olması veya dilediği sendikaya üye olması ve sendikal faaliyete katılması, bireysel sendika hürriyetinin gereğidir (2).

(1) ZARARSIZ, M. Emin, Uluslararası Belgelerde ve Türk Hukukunda (Bir Temel Hak ve Hürriyet Olarak) Sendika Hürriyeti ve Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 1995, s. 147.

(2) TUNCAY, A. Can, İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, İstanbul 1982, s. 45; KUTAL, Metin, Sendika Üyeliği, Yöneticiliği ve Temsilciliğinin Güvencesi, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXVIII, S. 1, 1981, s. 50; EREN, Fikret, Dernek ve Sendikaya Üye Olma ve Olmama ve Üyelikten Ayrılma Hakkı, AÜHFĐ., C. XXXI, S. 1-4, Ankara 1974, s. 252.

Yukarıda açıklanan ayırım yapma yasağını, işverenin eşit işlem yapma borcunun kapsamı içerisinde de değerlendirebilmek mümkündür (3). İşveren, aynı işte eşit verimde çalışan ve aynı nitelikteki işçilere eşit davranmakla yükümlüdür (4). Bir diğer ifade ile, bu borç, işverenin objektif, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmamasını, yani, keyfi davranıştan kaçınma yükümlülüğünü ifade eder (5). Gerçekten işverenin haklı, makul sebepler olmadıkça, işçiler arasında ayırım yapması yasaktır. Türk Hukukunda, işverenin eşit işlem yapma borcunun kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi oluşturmaktadır (6).

İşverenin, işçiler arasında sendikal ayırım yapması, bir başka açıdan işverenin yönetim yetkisi ile de doğrudan ilgilidir. İşçilerin sendikaya üye olması veya olmaması yahut farklı sendikalara üye olması, işveren açısından işçiler arasında farklı işlem yapabilmesi için haklı, makul ve objektif bir sebep olarak kabul edilemez. İşverenin yönetim hakkını, sendikalı - sendikasız işçi ayırımı yaparak kullanması halinde, hakkın kötüye kullanımından sözdebilmek de mümkündür (7).

Görüldüğü üzere, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapması, bireysel sendika hürriyeti, işverenin eşit davranma borcu ve işverenin yönetim yetkisi ile doğrudan bağlantılıdır.

1- ULUSLARARASI BELGELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

I- ULUSLARARASI BELGELERDE

İşçilerin sendikaya üye olma veya olmama hürriyetinin birçok uluslararası belgede açık olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, uluslararası belgelerde işçi sendikası üyeliğinin iş ilişkisi devam ederken sendikal nedenlerle korunmasına ilişkin hükme oldukça az yer verilmiştir. Bundan, sendika üyesi işçinin iş ilişkisi

-
- (3) ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, 2.B., İstanbul 1995, s. 179; TUĞ, Adnan, Sendikalar Hukuku, 2. B., Ankara 1992, s. 191; EYRENCİ, Öner, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 134; TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1982, s. 134 vd; TUNCAY, A., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 127.
- (4) NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1994, s. 234; TUNCAY, Eşit Davranma, s. 32; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 12. B., İstanbul 1994, s. 143 vd.; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 156 vd. TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 144 vd; CENTEL, Tankut, İş Hukuku, C. 1 Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul 1994, s. 161 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş-İçerik-Hükümleri), Ankara 1995, s. 184 vd.
- (5) MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 184.
- (6) ÇELİK, s. 143; CENTEL, s. 165; Türk Hukukunda işverenin eşit davranma borcunun uluslararası kaynakları için bkz. TUNCAY, s. 12-22.
- (7) EYRENCİ, s. 134; ŞAHLANAN, s. 179; GÜNAY, C. İhan, Bireysel Sendika Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y. 52, 1994/3, s. 396.

devam ederken korunmadan yoksun bırakıldığı sonucu çıkarılmamalıdır. Sendikaya üye olma hakkını, sadece sendikaya üye olma veya olmama serbestisi olarak değil, üyelikten sonra da üyelik nedeniyle korumayı da içerir şekilde yorumlamak gerekir. Aksi takdirde, sendikaya üyelik hakkı, boş bir kavram olmaktan öteye gidemeyecektir (8).

Bununla birlikte bazı uluslararası belgelerde, sendika üyesi işçiyi iş ilişkisi sırasında koruyucu açık hükümler de bulunmaktadır. Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik 98 Numaralı Sözleşme'nin 1. maddesine göre, "1. İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete tam bir himayeden faydalanacaktır. 2. Böyle bir himaye bilhassa, ... b) Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi... ızzar etmek maksatları güden hareketlere müteallik hususlara uygulanacaktır" (9). Hükümden de anlaşılacağı üzere, iş ilişkisi kurulduktan sonra, işverenin işçinin sendikaya üye olması veya sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle işçiye zarar verecek davranışlarda bulunması yasaklanmıştır. Birinci bentte işçinin her türlü fark gözetici harekete karşı korunma altında olduğu belirtilmiştir. İşverenin sendika üyesi olan işçilerle olmayan işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında fark gözetmesi, "her türlü fark gözetici hareket" kapsamında değerlendirilebilir. Böylelikle, işverenin rızası dışında sendika üyesi olan işçi, işverenden gelebilecek intikam alma hareketine karşı korunmuş olmaktadır (10). Kısaca 98 sayılı sözleşmenin 1. maddesinde, birey olarak kişilerin sendikal-sendikasız ayrımına tabi tutulması ve işverenin anti-sendikal davranışlarda bulunması engellenmek istemiştir (11).

Sendika üyeliğiyle bağlantılı bir diğer koruma da, İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 Sayılı Sözleşme ile getirilmiştir (12). Sözleşmenin 1. maddesine göre, "İşletmelerdeki işçi temsilcileri, kanunlara, toplu iş sözleşmelerine veya yürürlükteki sözleşmelere dayalı diğer düzenlemelere uygun hareket etmeleri koşulu ile, ... ken-

(8) ERKUL, İhsan, Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, C. 2, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve Uygulanması, Eskişehir 1984, s. 89.

(9) 1 Temmuz 1949 tarihinde kabul edilen Sözleşmeyi Türkiye, 9 Ağustos 1951 tarihinde 5834 sayılı Kanun ile onaylamıştır (RG. 14.8.1951, 7884). Sözleşme metni için bkz. AKTAY, s. 301-304; TAŞKENT, s. 241-248.

(10) ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s. 288.

(11) ZARARSIZ, s. 95.

(12) 23 Haziran 1971 tarihinde kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 25.11.1992 tarih ve 3845 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunca 8.1.1993 tarih ve 93/3967 sayılı Karamame ile onaylanmıştır (RG. 25.2.1993, 21507). Sözleşme metni için bkz. AKTAY, s. 307-309.

dilerine zarar verebilecek ve işçi temsilcisi sıfatı taşımalarından veya bu sıfatla faaliyette bulunmalarından, sendika üyesi olmalarından veya sendika faaliyetlerine katılmalarından ileri gelecek her nevi işleme karşı etkili bir korumadan faydalanırlar".

Bu konuda son bir belge de, Çalışanların Sosyal Temel Hakları Topluluk Şartıdır (13). Şartın 11. maddesine göre, "Her işçi... mesleki veya kişisel zarara maruz kalmaksızın, bu örgütlere üye olma ya da olmama hürriyetine sahiptir". Kişisel veya mesleki zarar, üyelikten önce ortaya çıkabileceği gibi, üyelikten sonra da ortaya çıkabilir. Bu nedenle hükmün, sadece üyelikten öncesi için değil, üyelikten sonrası için de ortaya çıkabilecek mesleki ve kişisel zararlara karşı korumayı amaçladığı kanaatindeyiz.

II- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

1) İNGİLTERE

İngiliz Hukukunda, işverenin sendikal nedenlerle yaptığı ayırım, "Action Short of Dismissal" olarak adlandırılmakta ve böylece işverenin bu tutumu, feshe yakın sonuçlar doğuran davranış olarak kabul edilmektedir. Action short of dismissal, işverenin sendikal nedenlerle bir işçiye, diğerine nazaran olumsuz (uygun olmayan tarzda) davranması yahut işçinin sendikaya üye olmayı istemesi veya üye olması yahut uygun zamanda olmak kaydıyla sendikal faaliyete katılması nedeniyle cezalandırılması olarak tanımlanmaktadır (14). İşverenin sendikal nedenlerle işçinin mesleki ilerlemesine engel olması, ücret artışlarında, işyeri içerisinde bölümler arası nakillerde, ücret dışında diğer menfaatlerin sağlanmasında, araç park etme izninin verilmesinde, emeklilik haklarının sağlanmasında yaptığı ayırım, bu hususta örnek olarak verilmektedir (15).

İngiltere'de işçilerin, sendikal nedenlerle ayırma karşı korunması; ilk kez 1971 tarihli İş İlişkileri Kanunu (Labour Relations Act) ile düzenlenmiştir (16). Kanunun 5/2. maddesi, işverenin, işçinin sendikal haklarını kullanmasına engel olmak için işten çıkarmasını, çalışma şartlarında ayırım yapmasını, bu amaçla cezalandırmasını, haksız işyeri uygulaması olarak kabul etmiştir. Daha sonra 1978 tarihli İstihdamı Koruma (Birleştirme) Kanunu (Employment Protection

(13) Geniş bilgi için bkz. GÜZEL, Ali, Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı, Çimento İşveren, C. 6, S. 3, s. 8-23. Sözleşme metni için bkz. GÜZEL, Ali/GÖKÇEOĞLU, Şebnem, Çalışanların Sosyal Temel Hakları Topluluk Şartı, Çimento İşveren, C. 6, S. 5, Eylül 1992, s. 4-7.

(14) JEFFERSON, Michael, Employment Law, London 1994, s. 218.

(15) VON PRONDZYNSKI, Ferdinand, Freedom of Association and Industrial Relations: A Comparative Study, London-New York 1987, s. 64; DRAKE, Charles D., Labour Law, London 1981, s. 66.

(16) EVANS, Stephan/LEWIS, Roy, Anti-Union Discrimination: Practice Law and Policy, The Industrial Law Journal, V. 16, 1987, s. 89.

(Consolidation) Act) ile, işçinin sendikal nedenlerle ayrılma tabi tutulmama hakkı hükme bağlanmıştır (17). Bu konuda kapsamlı düzenleme 1992 tarihli Sendika ve İş İlişkileri (Birleştirme) Kanunu (Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992) ile yapılmıştır. Sözü edilen Kanunun 146. maddesine göre, "Her işçinin işveren tarafından şu amaçlarla yapılacak işlemlere karşı birey olarak korunma hakkı vardır: a) Bağımsız bir işçi sendikasının üyesi olmak veya üye olmayı istemekten caydırmak veya engellemek yahut işçi bunları yaptığı için cezalandırmak, b) İşçinin uygun bir zamanda bağımsız bir sendikanın faaliyetlerine katılmasını engellemek veya caydırmak ya da bunları yaptığı için cezalandırmak, c) İşçiyi herhangi bir veya belirli bir veya birden çok sendikadan birisine üye olmak veya üye kalmaya zorlamak".

İşverenin işçiye karşı ayırım teşkil eden tutumunun, sendikal nedenlerle ayırım olduğundan sözedilebilmesi için, işverenin amacının belirlenmesi gerekir. Eğer işverenin amacı, işçinin sendikal haklarını ortadan kaldırmak veya kullanmasını engellemek yahut işçiyi bu nedenle cezalandırmak ise, sendikal nedenlerle ayırım sözkonusu olur. İşverenin böyle bir ayırımı, sendika veya üçüncü kişilerin grev veya başkaca araçlarla yaptığı baskı sonucu gerçekleştirmiş olması, onu sorumluluktan kurtarmaz (18).

İşveren tarafından yapılan sendikal nedenlerle ayrılma maruz kalan işçinin, ayırım teşkil eden eylemden, bu eylemler tekrarlanan eylemler ise, son eyleminden itibaren üç hafta içerisinde İş mahkemesine başvurma hakkı vardır. Ancak bazı haklı sebepler nedeniyle bu süre içerisinde İş Mahkemesine başvuramayan işçi, bu süre geçtikten sonra da, makul süre içerisinde İş Mahkemesine başvuruda bulunabilir (SİİK.md.147). Yargılama esnasında, işveren, işleminin dayandığı sebebi ispat etmekle yükümlüdür (SİİK.md.148/1). Eğer mahkeme davacı işçinin iddiasını yerinde bulursa, bunu tespit eden bir açıklama (declaration) yapmak zorundadır. Bunun dışında işçinin uğradığı ve işverenin işlemi ile bağlantılı bulunan zararını karşılamak üzere adil ve makul tazminata karar verir (SİİK.md.149/2). Tazminat miktarı belirlenirken, işçinin bu nedenle yaptığı her türlü harcama, işçinin alması gerektiği halde işverenin tutumu nedeniyle alamadığı menfaatler, sendika üyeliğinin sağlayacağı yararlar ve işçinin stres ve endişe sonucu uğradığı manevi zarar da dikkate alınır (19). Mahkeme tarafından hükmedilecek tazminat, cezai nitelikte değildir. Bu nedenle işçinin

(17) VON PRONDZYNSKI, s. 65; GUIDANCE NOTE, Freedom of Association In The Workplace, Industrial Relations Legal Information Bulletin, S. 440, Ocak 1991, s. 7; MORRIS, Gillian S./ ARCHER, Timothy J., Trade Unions, Employers and the Law, Oxford 1992, s. 129.

(18) GUIDANCE NOTE, s. 8.

(19) GUIDANCE NOTE, s. 9.

işverenin tutumu nedeniyle uğradığı gerçek zarar esas alınır (20).

İngiliz Hukukunda, mahkeme sadece tazminata hükmetmekte, hukuka aykırı uygulamanın devam etmemesi doğrultusunda karar verememektedir. Bu husus İngiliz Hukukunda eleştirilmekte, işçinin sendikal nedenlerle yapılan ayırmada gerçek zararın her zaman maddi olmayacağını, bazen de tazminatın gerçek zararı karşılayamayacağı belirtilmektedir (21) (22).

2) AMERİKA

Amerika'da 1947 tarihli İş Yönetim İlişkileri Kanunu (Labor Management Relations Act, 1947), işe başlamada, hizmet süresinin belirlenmesinde, işçinin sendika veya başka işçi kuruluşlarına üye olması veya olmamasını sağlamak amacıyla ayırım yapmasını, haksız iş uygulaması olarak kabul etmiştir. Ulusal İş İlişkileri Kurulu (National Labour Relations Board) ve mahkemeler, bu konudaki düzenlemeleri etkili biçimde uygulamakta ve birey olarak işçi ve örgütlerini koruma altına almaktadırlar. Böylelikle, işçi sendikal nedenlerle fesihlere ve farklı işlemlere karşı korunmaktadır (23).

Yukarıda sözü edilen Kanununun 8 (a) (3) bölümü işe almada, hizmet sözleşmesi süresinin belirlenmesinde işverenin ayırım yapmasını yasaklamıştır. Bu yasaklama, işçinin işten çıkartılmasında, terfi ettirilmesinde, ücret dışında menfaat sağlamasında, bir işçiye zor iş verilmesinde veya bir işçinin daha olumsuz şartlar altında çalıştırılmasında geçerlidir (24).

Mahkemenin, işverenin ayırım teşkil eden davranışlarında yargılama yapabilmesi için, ayırımın işçinin sendikaya üye olması veya olmaması nedeniyle yapılmış olması gerekir. Ancak işverenin bu husustaki niyeti geniş yorumlanmakta ve genel olarak sendikal faaliyete katılma veya katılmamayı sağlama hususundaki niyeti de bu kapsamda değerlendirilmektedir (25).

İşverenin yaptığı ayırım sonucu olarak daha düşük ücret verilen veya ücret dışında menfaatler sağlanmayan işçi açısından mahkeme, işçinin maddi zararını gidermek amacıyla tazminata hükmeder (26).

(20) SMITH, I.T./WOOD, J.C.; Industrial Law, London 1993, s. 462.

(21) VON PRONDZYSKI, s. 72.

(22) İngiliz Hukukunda, işçinin sendikal nedenlerle ayırma karşı korunması hakkında geniş bilgi için bkz. SELWYN, N.M., Law of Employment, London 1991, s. 161-164; LEWIS, Roy/SIMPSON, Bob, The Right to Associate, Labour Law in Britain, Editör: Roy LEWIS, Oxford 1986, s. 61, 62; SMITH/WOOD, s. 462 vd.

(23) VON PRONDZYSKI, s. 72.

(24) FELDACKER, Bruce, Labour Guide to Labor Law, 2. B., New Jersey 1983, s. 150.

(25) FELDACKER, s. 150.

(26) FELDACKER, s. 150.

3) ALMANYA

Alman Hukukunda sendika hürriyeti 1949 tarihli Anayasanın 9/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "çalışma ve ekonomik şartları korumak ve geliştirmek için gerekli olan sendika hürriyeti herkes ve tüm meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı ortadan kaldıran veya sınırlandıran anlaşmalar veya bu konuda alınacak tedbirler hükümsüzdür".

Almanya'da Anayasa, işçiye işveren tarafından yapılacak ayrımlara karşı koruma sağlamıştır. Federal Anayasa Mahkemesi, sendikal faaliyette bulunan işçinin, işveren tarafından disiplin cezasına çarptırılmasını sendikal faaliyetin Anayasa tarafından korunduğu gerekçesiyle Anayasaya aykırı davranış olarak kabul etmiştir (27).

Alman Hukuku, İngiliz İstihdamı Koruma (Birleştirme) Kanununun 23. maddesine paralel doğrultudadır. Ayrıldığı husus ise, Alman Hukukunda, tazminata ilave olarak, işçinin sendikal nedenlerle maruz kaldığı tutumun engellenmesi ve ortadan kaldırılması mümkündür (28).

2- TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE SENDİKAL NEDENLERLE AYRIMA KARŞI KORUNMASI

1- GENEL OLARAK

İşverenin, sendikalı işçiler ile sendikasız işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapma yasağı, 5.5.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun "Sendikaya Üye Olup Olmama Hürriyetinin Teminatı" başlığını taşıyan 31. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması... bakımından herhangi bir ayırım yapamaz". Aynı maddenin 5. fıkrasında ise şu hüküm yer almaktadır: "İşçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı... herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamaz". Görüldüğü üzere Sen.K.md.31/3, sendika hürriyetinin yanısıra, eşit davranma ilkesini sendikal faaliyetler bakımından güvence altına almıştır. Bir diğer ifade ile, Sen.K.md.31'deki düzenleme bir bakıma işverenin eşit davranma borcunun sen-

(27) VON PRONDZYNSKI, s. 70.

(28) VON PRONDZYNSKI, s. 70.

dika hürriyeti bakımından somutlaşmış görünümüdür (29). Bu nedenle işverenin Sen.K.md.31'e aykırı davranışı hem sendika hürriyetine hem de eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder (30) (31). Zira, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyete katılması, bireysel sendika hürriyetinin gereğidir.

Görüldüğü üzere, Sen.K.md.31'de sendikaya üye olma, olmama ve sendikal faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, işçinin belirtilen güvenceden yararlanabilmesi için, sendika üyesi olması veya olmaması nedeniyle işverenin anti-sendikal işlemine maruz kalması yerelidir; ayrıca işçinin sendikal faaliyette bulunmuş olmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, sendikal faaliyette bulunan işçinin, sendika üyesi olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin üyesi olmadığı bir sendikanın düzenlediği toplantıya veya uyguladığı greve katılması, sendikal faaliyet teşkil eder (32). Her ne kadar hükümde, sendikal faaliyete katılmaktan sözedilmişse de, işçinin bireysel olarak yürüttüğü faaliyetler de, örneğin işçinin propaganda yapması, bildiri dağıtması halinde de, işçi Sen.K.md.31'de yeralan güvenceden faydalanır (33).

Sendikalar Kanununda, sendikaların faaliyetleri md. 32 (Sendikaların Çalışma Hayatına İlişkin Faaliyetleri) ve md. 33'de (Sendika ve Konfederasyonların Sosyal Faaliyetleri) belirtilmiş, ancak "Sendikal Faaliyet" kavramı tanımlanmamıştır. Yargıtay, sendikal faaliyeti bu maddelerde sayılanlar ile sınırlı olarak değerlendirmekte, burada sayılmayanları sendikal faaliyet olarak kabul

(29) ŞAHLANAN, s. 179. Yazara göre, "Ancak Sen.K.md.31/III'deki düzenlemenin eşit davranma ilkesi ile tam çakıştığı söylenemez. Başka bir anlatımla eşit davranma yükümünün sözkonusu olmadığı ve salt işverenin herhangi bir hakkının kullanılmasının sözkonusu olduğu durumlarda da bu hakkın Sen.K.md.31/III'e aykırı kullanılması mümkün değildir. Örneğin; işverenin yönetim hakkının sözkonusu olduğu durumlarda, işveren bu hakkını işçinin sendika özgürlüğü ve giderek Sen.K.md.31/III'e aykırı olarak kullanamaz". Ayrıca bkz. EYRENCİ, s. 134.

(30) TUNCAY, Eşit Davranma, s. 127; ŞAHLANAN, s. 179; TUĞ, s. 191; EYRENCİ, s. 134; TAŞKENT, s. 134.

(31) "İşveren tarafından... Sendikasına bağlı işçiler ile diğer sendikalara bağlı işçiler arasında farklı muamele yapılması ve ayrı bir ödemede bulunulmasının Anayasa'nın tanıdığı eşitlik prensibine aykırı olduğu gibi, işyerinde aynı işi yapan işçiler arasında da iş barışını bozan bir hava yaratılmış olup, bunun kanunen müdafaa edilecek bir yönü ve hukuk anlayışına uygun düşen tarafı yoktur... Bu ayrım ve tek tarafı tatbikat toplu sözleşme yetkisi olan ve fakat uyumsuzlukla sonuçlanan sendika aleyhine onu yıkıcı ve yıpratıcı bir durum yaratır ki, bu durum sendikalar hukukuna ve Anayasa'nın eşitlik prensibine aykırılık teşkil eder", Y.9.HD., 17.6.1968, 9283/8871, SAKA, s. 83'den naklen.

(32) ŞAHLANAN, s. 180; EYRENCİ, s. 137; TUĞ, s. 193.

(33) ŞAHLANAN, s. 180; EYRENCİ, s. 137; GÜNAY, s. 399; KUTAL, Metin, Sendikacılık Faaliyetleri Nedeni İle İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXV, S. 1, Nisan 1978, s. 52; TUĞ, s. 193.

etmemektedir (34). Doktrinde ise haklı olarak, Yargıtayın görüşünün aksine, sendikal faaliyetin, Sen.K.md.32 ve 33'de sayılanlar ile sınırlı olmadığı kabul edilmektedir (35). Sendikal faaliyet kavramı doktrinde şu şekilde tanımlanmaktadır: "Aralarında ortak mesleki menfaat bulunan işçilerin sendikacılık yoluyla iktisadi, sosyal ve kültürel hak ve menfaatlerini korumak veya geliştirmek amacıyla yaptıkları her türlü faaliyeti sendikacılık faaliyeti olarak nitelendirmek gerekmektedir" (36). Bu konuda son olarak belirtelim ki, sendikal faaliyetin işyerinde veya işyeri dışında yahut çalışma saatleri içinde veya dışında yapılmış olmasının önemi yoktur. Ancak çalışma saatleri içerisinde sendikal faaliyette bulunabilmek için, işverenin bu konuda izninin alınması gerekir.

Yukarıda belirtilen hükümler ile, işverenin, işçiyi sendika üyeliğini sürdürmemesini veya sendikaya üye olma düşüncesinde olan işçiyi sendikaya üye olmamasını sağlamak amacıyla yahut kendi isteği dışında farklı bir sendikaya üye olan işçiyi cezalandırmak niyetiyle, yönetim hakkını kötüye kullanmasına engel olunmak istenmiştir. Gerçekten işveren sendikalaşma hareketinde lider konumunda olan işçileri, işten çıkarmamakla birlikte, mesleki ilerlemelerine imkan sağlamaz, sık sık disiplin cezasına çarptırır, ağır şekilde çalıştırırsa, bu durum sendikalaşmak isteyenleri etkileyecek, hatta caydıracaktır. Kanunkoyucu böylelikle fesih dışında da sendika hürriyetini korumayı amaçlamıştır. Bir diğer ifade ile işverenin yönetim hakkını, sendikal nedenlerle sınırlandırmıştır (37).

Sen.K.md.31/3'de yer alan, "sevk ve idare" ifadesi işin yürütümü yerine kullanılmış olması nedeniyle, işverenin yönetim hakkını ifade etmektedir (38). İşverenin sendikaya üye olan işçiyi, sendikasız işçilere nazaran daha ağır ve zor şartlar altında çalıştırması, bir başka ifade ile işverenin, işçiyi yönetim hakkını kötüye kullanmak suretiyle cezalandırması, olumlu sendika hürriyetini zedeler (39). Gerçekten, sendikaya üye olduğu takdirde, işveren tarafından daha ağır ve zor şartlar altında çalıştırılacağını, haksız bir takım muamelelere tabi tutulacağını bilen işçinin "serbestce sendikaya üye olma hakkı"ndan söz edebilmek mümkün değildir. Bu nedenle işveren yönetim hakkını hukuka uygun kullanmak zorundadır. Örneğin toplu iş sözleşmesinde veya hizmet sözleşmesinde bulunan hüküm nedeniyle kapı kontrolü yetkisine sahip olan bir işveren, bu yetkisini sa-

(34) Y.9.HD., 26.5.1987, 4801/5265, Çimento İşveren, Temmuz 1987, s. 29, 30; Y.9.HD., 31.5.1976, 11232/14483, YKD., Mayıs 1977, s. 665; Y.9.HD., 19.9.1978, 7248/10689, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül 1978, s. 1604; YHGK., 9.12.1987, 9-661/915, YKD., Mayıs 1988, s. 608, 609.

(35) ŞAHLANAN, s. 181; TUĞ, s. 193; KUTAL, Metin, "Sendika Özgürlüğünün Korunması Açısından" Yargıtay'ın İş Hukukunun Gelişimine Etkileri, Yargıtay Dergisi, C. 15, S. 1-4, 1989, s. 501.

(36) KUTAL, Sendikacılık Faaliyeti, s. 48.

(37) TAŞKENT, s. 135.

(38) EYRENCİ, s. 132.

(39) TAŞKENT, s. 134.

dece sendikal işçiler hakkında kullanırsa, hakkın kötüye kullanımı sözkonusu olur (40).

Uygulamada, genellikle işverenlerin, işçilerin işini ve işyerini sendikal nedenlerle değiştirdiği görülmektedir (41). İşveren tarafından işçinin işinin ve işyerinin değiştirilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Bu konudaki rıza, başlangıçta hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile verilmiş olabilir. İşverenin, böyle bir durumda, sendikal nedenlerle işçinin işini ve işyerini değiştirmesi, davranışını hukuka uygun hale getirmez. Zira, hiç bir hak, iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılamaz (42).

Sen.K.md.31/3'de işverenin ayırım yapma yasağı bulunan hususlar örnek olarak sayılmıştır. Bunlar, işin sevk ve dağıtımını, işçinin mesleki ilerlemesi, işçinin ücret, ikramiye ve primleri, sosyal yardım ve disiplin hükümleridir. Maddede yeralan "ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması" ibaresi, sayılanların sınırlı olmadığını göstermektedir. Örneğin, işverenin hizmet veya toplu iş sözleşmesinde yeralan hükmün verdiği yetkiyle sendikaya üye olan işçiyi sırf bu nedenle bir başka işyerine nakletmesi veya işini değiştirmesi, kapı kontrollerini sadece sendikal işçilere yönelik olarak yaptırması, aynı başarıyı göstermiş işçilerden sadece sendikasız olanların terfi ettirilmesi, işverenin tek taraflı olarak (sözleşmelerde hüküm olmamasına rağmen) yaptığı ödemelerin (ikramiye, prim, vs. sosyal yardımlar) sadece sendikasız işçileri kapsamaması halinde Sen.K.md.31/3 hükmüne aykırılık mevcuttur. İşverenin ayırım teşkil eden işlemi, eylem yoluyla (sendikal işçilere kapı kontrolü yapılması gibi) veya ihmal yoluyla (sendikal işçilerin terfilerinin yapılmaması gibi) da gerçekleştirilebilir.

İşverenin, sendikal işçilerle sendikasız işçiler arasında ayırım yapma yasağının istisnası niteliğinde bir hüküm Sen.K.md.31/4'de yeralmıştır: "Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır". 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 9/1. maddesine göre, toplu iş sözleşmesinden toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üyeleri faydalanır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ücret artışı, prim ve paraya ilişkin diğer hükümlerin, işveren tarafından, taraf işçi sendikasına üye olmayan ve dayanışma ödemek suretiyle bu doğrultuda talepte

(40) EYRENCİ, s. 134.

(41) Bu husus Yargıtay kararlarına da konu olmaktadır: "...davacının 22.5.1984 tarihinde ... Sendikasına üye olması nedeniyle davacı ile işveren arasındaki ilişkinin bozulduğu, davacının bu sendikadan diğer üyelerle birlikte istifaya zorlandığı, istifa etmemesi üzerine ustalık işiyle bağdaşmayan kağıt taşıma işine verildiği ... anlaşılmaktadır", Y.9.HD., 9.10.1987, 8303/8938, BERKSUN, Abdullah/EŞMELİOĞLU, İbrahim, Açıklamalı, Gerekeçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 610.

(42) EYRENCİ, s. 136; TUĞ, s. 192.

bulunmayan işçilere uygulanmaması, ayırım yapma yasağına aykırılık teşkil etmez (43). Hemen belirtmek gerekir ki, işverenin, toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki toplu iş sözleşmesi hükümlerini, taraf işçi sendikasına üye olan işçilerin yanı sıra, üye olmayan ve dayanışma aidatı ödemek suretiyle de toplu iş sözleşmesinden faydalanmayı da talep etmeyen işçilere uygulaması, Sen.K.md.31/3 ile düzenlenen ayırım yapma yasağına aykırıdır (44). Toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin hükümlerin dışında kalan hükümleri, yani, "işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümleri"nden sendikalı, sendikasız tüm işçiler faydalanırlar (45). İşyeri çalışma düzenini ilgilendiren hükümler, çalışma ve dinlenme süreleri, hafta tatili, yıllık ücretli izin kullanılması, iş güvenliği, işçilerin topluca taşınmaları, yemek verilmesi gibi konulara ilişkin olabilir (46). Bu hükümlerden, toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasına üye bulunmayan işçilerin faydalanabilmesi için, taraf işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine gerek yoktur.

Belirtelim ki, toplu iş sözleşmesindeki ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, işverenin sendikalı işçilerle sendikasız işçiler veya farklı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapma yasağı mutlak değildir. Bu nedenle, işçilerin eğitim, kıdem gibi objektif nitelikleri ve beceriklilik, çalışkanlık gibi subjektif nitelikleri gözönünde tutularak, ayırım ya-

(43) TUĞ, s. 192; ŞAHLANAN, s. 180; INCE, Ergun, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 126. İstisna hükmü ve eleştirisi için bkz. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, C. II, Kollektif İş Hukuku, Sendikalar, 2.B., İstanbul 1979, s. 109-125.

(44) Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, işverenin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçilerin de, ücretlerine zam yapmasını hukuka aykırı görmemiştir: "Şu halde; işveren, işyerinde çalıştırdığı işçilerin çalışkanlığını, dürüstlüğü, velhasıl bir çok hususiyetlerini gözönünde tutarak işçilere sendikalı olsun veya olmasın dilediği gibi yevmiyelerine ilaveler yapabilir. Buna hiç bir kimse veya hüküm şahıs itirazda bulunmak hakkını haiz değildir. Herhangi taraftan gelirse gelsin yevmiyelere yapılan itiraz başta Anayasa hükümlerinin sonra da müktesep hakkın ihlaline ve sendikacılığın inhisarına ve işçiye sendikaya üye olmaya zorlamaya yol açar", Y.9.HD., 12.2.1968, 1923/1365, BERKSUN/EŞMELİOĞLU, s. 597-599. Yargıtay yeni tarihli kararlarında ise bu görüşünden dönmüş görünmektedir: "Davacı, davalıya ait işyerinde işçi olarak çalıştığını ve işyerinde uygulanan TİS'ne taraf sendikaya üye olduğunu, işverenin sendikaya üye olmayan işçilerden aylık ücretlerine TİS ile kararlaştırılan ücretin üzerinde zam yaptığını ve böylelikle 2821 sayılı Kanunun 31/son maddesine aykırı davranıldığını ileri sürerek sendikal tazminat istemiştir... 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 3. fıkrasına göre, işveren sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamaz. Aksi halde işçi aynı maddenin son fıkrası hükmüne dayanarak bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata karar verilmesini isteyebilir. Bu hüküm uygulanması işçinin iş akdinin feshi ile sınırlandırılmış değildir. Bu nedenle yerel mahkeme kararının gerekçesi benimsenemez. O halde, ücret zammı yönünden işverenin sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında bir ayırım yapıp yapmadığı incelenerek varılacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi isabetsiz olup...", Y.9.HD., 8.11.1993, 6484/15794, Çimento İşveren, C. 8, S. 1, Ocak 1994, s. 27.

(45) ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 125.

(46) OĞUZMAN, Kemal, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 4. B., İstanbul 1987, s. 69; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s. 125.

pabilir. Böyle bir ayırım sendikal nedenlere dayanmadığı sürece, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmez (47). Yargıtayın konuyla ilgili bir kararına göre, "işverenin, işçiler arasındaki gerek objektif ve gerekse subjektif nitelikleri pozisyon ve görevin önemi, çalışma koşulları vs. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödenmesi eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz" (48). Yargıtayın bir başka kararında da, sendikalı olmayan işçilere, toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artış oranının altında ücret artışı yapmasını, taraf işçi sendikası üyelerine karşı yapılmış ayırım olarak kabul etmemiştir (49).

Uygulamada toplu iş sözleşmelerine konulan hüküm ile, işverenlerin sözleşme ile sağlanan haklardan taraf sendikaya üye olmayan işçileri yararlandıramayacağı açık olarak belirtilmektedir (50).

II- HUKUKİ SONUÇLARI

İşverenin sendikalı-sendikasız veya farklı sendikalara üye olan işçiler ara-

- (47) TUĞ, s. 191; SAHLANAN, s. 179; ERKUL, s. 90; ÇELİK, s. 304; EYRENCİ, s. 135, dn. 77; NARMANLIOĞLU, s. 234; ÇELİK, Sendikalar, s. 109; EKONOMİ, s. 157; ZARARSIZ, s. 149; BERKSUN/EŞMELIOĞLU, s. 555.
- (48) Y.9.HD., 20.5.1985, 2546/5437, Belediye-İş, Toplu İş İlişkileri İle İlgili Kanunlar ve Yargıtay Kararları, İstanbul tarihsiz, s. 85. Yargıtayın aynı doğrultudaki bir başka kararı da şöyledir: "Böylece davalı... başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak ve toplu iş sözleşmesini akdeden işçi kuruluşunu zayıflatmak olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işverinde tutmak, çalışmasını sürdürmektir. Bu bakımdan davacı, anılan iki işçiye açıklanan maksatla yapılan zammın kendisine de uygulanmasını istememez", Y.9.HD., 30.3.1973, 27237/8164, Karar metni ve M. KUTAL'ın için bkz. İHU, Sen.K.19, No. 1.
- (49) "1.1.1989 ve 31.12.1990 tarihlerini kapsayan TİS.3/C maddesinde aynen" Kapsam içi sendikasız işçilere işveren TİS'yi ve üstünde haklar uygulamayacaktır. Dayanışma aidatı ödeyenlerin sözleşmeden yararlanmasında yasa hükümleri uygulanır. Bu hükmeye aykırı olarak işveren uygulama yaparsa ve sendikanın yazılı başvurusuna rağmen bu uygulamaya son vermezse aynı miktarları TİS'inde sendikalı işçilere aynı tarihten itibaren uygular..." denilmektedir. Buradaki ifadeye göre, işverenin bu TİS'sinden yararlanan sendika üyesi olmayan işçilere karşı sorumlu sendika üyesi olmayan işçilere aynen uygulamış ve sendikanın başvurusuna rağmen bu uygulamaya son vermemiş olması gerekir. Şayet sendika üyesi olmayan işçilere tanımış olduğu hak türleri ve miktarları TİS'inde öngörülenden az ise o takdirde sorumluluğundan söz edilemeyecektir", Y.9.HD., 12.9.1991, 12106/11981, Çimento İşveren, C.5, S. 6, Kasım 1991, s. 29, 30.
- (50) Tes-İş ile Türk Kamu-Sen. arasında TEK. Genel Müdürlüğü ve bağlı işyerleri için yapılan 5. dönem işletme toplu iş sözleşmesinin 7. maddesinde, "Sözleşmenin teminatı konusunda Yasa hükümleri uygulanır" ifadesi yer almıştır. Konya Büyükşehir Belediyesi ve İlçe Belediyelerine ait işyerleri için yapılan 1.1.1995-31.12.1996 yürürlük tarihli işletme toplu iş sözleşmesinin 7. maddesi şöyledir: "a) İşveren gerek Borçlar Kanunu'nun 316-317 maddelerinde öngörülen (Umumi Mukavele), gerekse 1475 sayılı Kanuna dayanılarak, "Takım Sözleşmesi" yapmak suretiyle veya yollarla yapılacak ferdî hizmet aktilerle, bu toplu iş sözleşmesi hükümlerini kısmen veya dolaylı yollarla Hizmet-İş Sendikası olmayanlarla, sendikasız veya başka bir sendikanın üyelerine uygulanamaz. b) İşveren bu toplu iş sözleşmesi ile getirilen hak ve menfaatlerin dışında hiç bir işçiye herhangi bir nam adı altında (Hizmet-İş Sendikası üyeleri de dahil olmak üzere) ilave ücret zammı veya sosyal yardım yapamaz. c) İşverence, (a ve b) bendinde belirtilen kimselere bu sözleşme ile sağlanan haklar verildiği ve her ne nam altında olursa olsun bir hak ve yarar temin edildiği takdirde verilen bu hak ve yararlar, Hizmet-İş Sendikası üyelerinin ücretlerine ek bir zam olarak ayrıca ilave edilecektir. d) Bu toplu iş sözleşmesinin çalışma süreleri, işçi sağlığı ve iş güvenliği gibi maddelerinden sendika üyesi olmayanlar da aynen yararlanır".

sında Sen.K.md.31/3, 5'de yer alan düzenlemelere aykırı olarak ayırım yapmasının hukuki yaptırımı Sen.K.md.31/son'da düzenlenmiştir. Buna göre, "İşverenin üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir". Doktrinde bu tazminat, "sendikal tazminat" olarak adlandırılmaktadır. İşçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi için, sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedilmiş olması zorunlu değildir; işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapması da yeterlidir (51).

İşçinin Sen.K.md.31/son'da düzenlenen "Sendikal Tazminatı" alması, işçinin mahrum kaldığı haklarını istemesine engel olmaz. Örneğin, sendikal oldukları gerekçesiyle işveren tarafından ikramiyesi veya primi ödenmeyen işçi, Sen.K.md.31/son'da düzenlenen tazminatın yanısıra kendisine ödenmeyen ikramiye ve primini de isteyebilir (52). Nitekim Sen.K.md.31/son'da bu husus açıkça düzenlenmiş ve "işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır" hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, işveren tarafından sendikal nedenlerle işi ve işyeri değiştirilen işçinin, işyeri sendika temsilcisi olsa bile, eski haline iadesini sağlayan hukuki yol bulunmamaktadır (53).

(51) Sen.K.md. 31'de yer alan düzenlemenin benzeri, 274 sayılı Sendikalar Kanununun 19. maddesinde yer almıştır. O dönemde Yargıtay başlangıçta, sözkonusu hükmün sadece işten çıkarmalarda değil, hizmet sözleşmesinin devamı sırasında, işverenin işçiye farklı işlemlerde bulunması halinde de uygulanacağı doğrultusunda kararlar vermiştir. (Y.9.HD., 19.11.1968, 492/1089; Y.9.HD., 15.4.1969, 4398/16546, UYGUR/DÖNMEZ/KARS, s. 688). Ancak Yargıtay daha sonraki bir kararında işçinin hizmet sözleşmesinin devamı sırasında işçinin işinin değiştirilmesi halinde Sen.K.md. 19'da düzenlenen tazminat hükmünün uygulanamayacağına, sadece sözleşmenin feshi halinde sözkonusu hükmün uygulanacağını belirten bir mahkeme kararını onaylamıştır (Y.9.HD., 21.6.1968, 6461/8767, Yasa Hukuk Dergisi, Eylül 1978, s. 1600 vd.). 2821 Sayılı Kanunun açık hükmü karşısında, konunun üzerinde tartışma kalmamıştır. Nitekim Yargıtayın yeni Kanun döneminde verdiği kararlar da bu doğrultudadır: "2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, işveren sendikaya üye olan işçilerle sendikaya üye olmayan işçiler arasında ücret bakımından bir ayırım yapamaz. Aksi halde işçi aynı maddenin son fıkrası hükmüne dayanarak bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata karar verilmesini isteyebilir. Bu hükmün uygulanması işçinin iş akdinin feshi ile sınırlandırılmış değildir. Bu nedenle yerel mahkeme kararının gerekçesi benimsenemez. O halde, ücret zammı yönünden işverenin sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında bir ayırım yapıp yapmadığı incelenerek varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir", Y.9.HD., 8.11.1993, 6484/15794, Çimento İşveren, C.8, S. 1, Ocak 1994, s. 27.

(52) TUĞ, s. 195; EYRENCİ, s. 135; ŞAHLANAN, s. 183.

(53) ŞAHLANAN'a göre, "Sen.K.md. 31'deki düzenlemede, işverenin, işçinin bireysel sendika özgürlüğüne aykırı bir biçimde işini veya iş koşullarını değiştirmesi ya da sendikal faaliyeti nedeniyle hizmet akdini feshetmesi, kendisinin bu davranışı nedeniyle tazminata mahkum edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa işçinin sözkonusu özgürlüğü; Anayasanın sosyal devlet espirisinden kaynaklanan ve 51. maddesinde de somut ifadesini bulan bir özgürlüktür. İşçinin bu anayasal dayanıklı sendika özgürlüğüne aykırı bir biçimde, işini, iş şartlarını, işyerini değiştiren, ya da hizmet sözleşmesinin fesheden işvereni tazminata mahkum ederek, hukuka aykırılığın giderildiği ve işverenin davranışının Anayasanın, sosyal devlet ilkesine, 51 ve 11. maddelerinin içerdiğine uygun meşru bir davranış haline geldiğini söylemek oldukça güçtür", s. 184. Ayrıca bkz. EYRENCİ, s. 141; TUĞ, s. 196; TAŞKENT, s. 137.

Bu husus doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (54).

Hükümde öngörülen tazminat miktarı asgaridir. Hakimin olayın özelliğini gözönünde bulundurarak işçinin bir yıllık ücret tutarının üstünde tazminata hükmetmesi de mümkündür. Toplu iş sözleşmelerine konulacak hüküm ile, belirtilen tazminatın miktarı artırılabilir (55). Yargıtayın kararları da aynı doğrultudadır. Yüksek Mahkemeye göre, "anılan maddenin buyuruculuğu mutlak olmayıp, nisbi niteliktedir" (56).

Sendikal tazminatın hesaplanmasında, işçinin son brüt ve çıplak ücreti esas alınır. Bu nedenle işçiye ücretine ek olarak sözleşme ve kanun gereğince sağlanmış olan menfaatler dikkate alınmaz (57).

İşçinin belirtilen tazminata hak kazanabilmesi için, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı hareket ettiğini, yönetim yetkisini kötüye kullandığını ve bunun sebebinin de, kendisinin sendikaya üye olması yahut sendikal faaliyetlere katılması olduğunu ispat etmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, her somut olayda işverenin gerçek niyetini anlamak, tespit etmek ve ispatlamak oldukça güçtür (58). İşçinin sendikal tazminata hak kazanabilmesi için ayrıca zarara uğradığını ispat etmesine gerek yoktur. Zira sendikal tazminat teknik anlamda bir tazminat değildir. Doktrinde, sendikal tazminat "medeni ceza" olarak nitelendirilmektedir (59).

İşverenin işçiyi sendikaya üye olma, olmama veya ayrılmaya yönelik baskısı haksız fiil niteliği kazanırsa, işçi BK.md.41'deki şartların gerçekleşmesi halinde, tazminat talebinde bulunabilir. Zira kişinin sendikaya üye olma veya olmama veya çekilme hakkı, genel kişilik hakları içinde yer alır ve bu hakkı ihlal eden fiil ve davranışlar, failin kusuru bulunduğu takdirde, BK.md.41 gereğince tazminat ödenmesini gerektirir (60). Sendika hürriyetine aykırı tutum ve davranışlar manevi zarara yol açmış ise, işçi BK.md.49'a göre manevi tazminat da talep edebilir (61).

(54) Yargıtayın bir kararına göre, "İşi ve işyeri değiştirilen temsilcinin eski işine ve işyerine iade edileceğine dair ise, İş Yasalarında herhangi bir hüküm yoktur ve bu konuda mahkemelere yetki verilmiş değildir", Y.9.HD., 18.10.1991, 13747/13241, YKD., C. 18, S. 4, Nisan 1992, s. 545, 546. Aynı doğrultuda Y.9.HD., 25.2.1993, 3396/2966, Çimento İşveren. C. 7, S. 3, Mayıs 1993, s. 27, 28; Y.9.HD., 28.2.1994, 14143/2957, Türk Kamu-Sen, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 32, 33.

(55) TUĞ, s. 195; ÇELİK, Sendikalar, s. 129; EYRENCİ, s. 140; EKONOMİ, s. 192; KUTAL, Sendika Özgürlüğü, s. 505.

(56) Y.9.HD., 22.12.1969, 10072/11806, Türk İçtihatlar Külliyesi, C. II, 1971, s. 458.

(57) ESENER, s. 336; ÇELİK, Sendikalar, s. 129; EYRENCİ, s. 140; TUĞ, s. 195.

(58) OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 283 vd.; ESENER, s. 234; EYRENCİ, s. 141; ŞAHLANAN, s. 183; TUĞ, s. 220; TUNCAY, s. 79; ZARARSIZ, s. 151.

(59) CENTEL, s. 194; OĞUZMAN, Fesih, s. 282; SAYMEN, F. Hakkı, İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 609; SÜZEK, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 162, 163.

(60) TUNÇOMAĞ, s. 264.

(61) TUNÇOMAĞ, s. 264.

SONUÇ

İşçinin, işveren tarafından yapılacak sendikal nedenlerle ayrımlara karşı korunması, bireysel sendika hürriyetinin sonucudur. İşçinin, sendika hürriyetinin gereği olarak, sendikaya üye olması veya olmaması yahut sendikal faaliyete katılması, işverenin işçiye farklı işlem yapmasını haklı kılmaz. Aksi tutum işçinin bireysel sendika hürriyetinin ihlali, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık ve yönetimi hakkının kötüye kullanılması teşkil eder. Bu nedenle, işçinin sendikal nedenlerle yapılacak ayrıma karşı korunma hakkı vardır.

İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması gereği, bir çok uluslararası belgede düzenlenmiştir. Buna paralel olarak bir çok ülkenin mevzuatında da, aynı doğrultuda hükümler yer almıştır.

Türk Hukukunda, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesinde, sendika üyeliğinin güvencesi düzenlenmiş ve işçi sendikası üyeliğinin, iş ilişkisi devam ederken de korunması gerektiği, bir diğer ifade ile, işverenin sendikal nedenlerle ayırım yapmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, "İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle, sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması... bakımından herhangi bir ayırım yapamaz (f.3). İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika ve konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı... herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar (f.5)".

İşverenin sendikal nedenlerle ayırım yapmasının hukuki sonucu ise, Sen.K.md.31/son'da düzenlenmiştir: "İşverenin üçüncü ve beşinci fıkraya hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata hükmedilir. İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır..."

Türk Hukuku, esas itibariyle işçinin sendikal nedenlerle ayrıma karşı korunması bakımından, uluslararası düzenlemelere uygundur. Bununla birlikte, Türk Hukuku açısından eleştirilecek husus, mahkeme tarafından işçinin ayırmadan önceki hale iadesine karar verilememesidir. Örneğin sendikal nedenlerle daha zor işe verilen işçinin, eski işine iadesine mahkeme tarafından karar verilememektedir. Bunun dışında, işçinin, işverenin işleminin sendikal nedenlere dayandığını ispatında güçlük bulunmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda işçi, işverenin ayırım yaptığını; işveren de bu ayırımın makul, haklı, objektif sebeplere dayandığını, başka bir ifade ile sendikal nedenlere dayanmadığını ispatlamakla yükümlü olmalıdır.

TİCARET UNVANININ TESCİLİNDE KULLANMA AMACI VEYA UNVANDA TEKLİK İLKESİ

Yrd.Doç.Dr.Sami KARAHAN
S.Ü.Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1- KONUNUN TAKDİMİ

Ticaret unvanının tescilinde kullanma amacı veya unvanda teklilik ilkesi başlığını taşıyan bu inceleme esas itibarıyla birbirine bağlı birkaç konu üzerinde tartışma açmayı ve görüş ortaya koymayı amaçlamaktadır. Aşağıda incelenmesi düşünülen konular içerisinde Türk hukukunda önceden tartışılmış konular bulunduğu gibi, daha önce hiç değinilmemiş olanlar da vardır. Bunların tümünü maddeler halinde sorulaştırarak sıralamak mümkündür. Buna göre;

1- Bir tacir sahip olduğu her bir ticari işletme için, ticaret unvanı kullanma ve tescil ettirme hususunda sayı itibarıyla bir sınırlamaya tabi midir?

2- Bir tacir ticari işletmesi için fiilen kullandığı ticaret unvanı yanında, fiilen kullandığı ticaret unvanı ile iltibas teşkil edebileceği korkusuyla, fiilen kullanmadığı ve kullanmayı düşünmediği başka ticaret unvanlarını da kullanabilir mi ve bunları sicile tescil ettirebilir mi? Bir diğer deyişle, fiilen kullanmadığı unvanlar ile, fiilen kullandığı unvanına bir koruma duvarı örebilir mi? Örneğin, Han Turizm A.Ş. unvanını ticari işletmesi için fiilen kullanır iken, koruma duvarı örnek maksadı ile Öz Han Turizm A.Ş., Has Han Turizm A.Ş., Hanlı Turizm A.Ş. vb. ticaret unvanlarını ticaret siciline tescil ettirebilir mi?

3- Devir alma vb. yollarla her nasılsa birden fazla ticaret unvanını portföyü içinde toplamış bulunan tacir, bunları münavebeli olarak kullanabilir mi?

4- Ticari faaliyetini sona erdiren ve işletmesini fiilen kapatan tacir o ticari faaliyetine ilişkin olarak önceden kullanageldiği ticaret unvanını sicilden terkin ettirmeli, yani unvanı kişilerin kullanımına açık hale getirmeli midir?

5- Ticari faaliyetin sona erdirilmesinden sonra da yeni ticaret unvanları tescil ettirilebilir mi?

6- Birinci soruya olumsuz cevap verildiği takdirde, her nasılsa yaptırılan bu tesciller kanun tarafından korunur mu ve korunmalı mıdır?

7- Nihayet, coğrafi işaretler unvanda kullanılabilir ve inhisar altına alınabilir mi?

Görüldüğü üzere yukarıda zikredilen meselelerin önemli bir bölümü, malkaleye isim olarak koymuş bulunduğumuz unvanda kullanma amacı veya teklik ilkesinin varlığı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bununla beraber, biz bununla dolaylı olarak ilgili uygulamayı da göstermesi nedeniyle, bir ilk derece mahkemesi kararı ve ona ilişkin olarak verilen bir Yargıtay kararını aynen verecek ve sonra yukarıdaki soruları ayrı ayrı tartışarak cevaplandırmaya çalışacağız.

II. MAHKEME KARARLARI

1- Kahramanmaraş 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 5.11.1987 tarih ve 340-588 sayılı kararı (1):

"Mahkememizin 1984/577 sayılı hükmü sadece ticaret unvanı iltibasında değil, aynı zamanda davalının acımasız haksız rekabetlerini sürdürerek davacıyı otobüsçülük piyasasından silmesine dayanmaktadır; bu bakımdan kendi olayı ve ismi ile sınırlı olarak kesin hüküm ifade edecek niteliktedir.

Davacı artık otobüsçülük yapmadığına göre; bu doğrultuda bir ticari işletmesi yok iken isimleri üzerinde tutması ve sürekli olarak hatıra gelebilecek bütün ilaveleri adına tescil ettirmesi iyi niyetle bağdaşamaz. Sadece 1984'de bile "Es" ve "Süper" ilaveleri yaparak tescil yaptırması bunu göstermeye yeterlidir; Davacının bu tutumu yüzünden otobüs işletmelerinin firma adlarında bir enfasyon meydana gelmiştir, kesin hükmü dayanak yaparak ebediyen isimler üzerinde tekel kurması mümkün değildir.

Davacı bir defa men'i müdahale kararı almış olup, bu tür işleri tamamen terk ettikten sonra şeklen bir ticaret unvanı sahibi olması iyiniyetle bağdaşamaz.

İşin aslında davalının ağır rekabeti kesin hükme konu olaylar bakımından hükme bağlanmıştır, ondan sonra davacı ayrı bir tazminat davası açmıştır.

Tüm ülkede bilinen husus her vilayette il adının başına değişik kelimeler konularak değişik firmaların şhirlerarası otobüslerle, yolcu taşımacılığı yapmakta bulunduğu; ticaret sicilinden gelen yazıda 1977 yılında Öz Kahramanmaraş adını (Y.M.)'nun da tescil ettirdiği, yine 1978 yılında ondan iki ay evvel (A.D.)'nin sonradan otobüsçülük işini bırakmakla beraber, Öz Kahramanmaraş'ı tescil ettirdiği görülmüştür. Davacının 21.8.1981 tarihinde akla

(1) İKİD., Yıl 31, Nisan 1991, S. 364, s. 7924-7927.

gelebilecek her türlü ön kelimeyi bularak pek çok sayıda tesciller yaptırdığı, yine cevabi yazıdan anlaşılmaktadır.

Bu hale göre; tek kelimelelik ilaveden başka bir diğere pek çok ilavelerin de davacı bakımından tamamen kötü niyetin eseri olduğu anlaşılmıştır; davacının terminalde pastane işlettiğı dinlenen tanık beyanlarından anlaşılmış bulunmaktadır. Bu sebeplerle:

YARGI: a- Yerinde ve sabit görülmeyen davacının ticaret unvanına te-cavüzün men'i, davalının ticaret sicil kaydının iptali, Tur Kahramanmaraş ismini kullanmakta haksız rekabetin tesbiti kararın mahalli gazetede ve ticaret sicilinde ilanına karar verilmesi hususlarındaki DAVANIN REDDİNE;

b-...

c- Tur Kahramanmaraş otobüs işletmesi limited şirketinin yerinde görülen davasının kabulüne; başlarında ÖZ-YENİ-HAKİKİ-AS-UZ-ÜZ-KALE-BEY-LUX-ES kelimeleri olan Kahramanmaraş otobüs işletmesi ve Es Kahramanmaraş otobüs işletmeciliğı firma adlarının ticaret sicilinden davalı üzerinden iptal edilmesine..."

2- Yargıtay 11. HD.nin 30.5.1988 tarih ve E.626/K.3513 sayılı kararı (2):

"Mahkemece, iddia ve savunmaya, ibraz edilen delil ve belgelere, dinlenen tanık beyanlarına göre, davacı artık otobüsçülük yapmadığına göre, olmayan ticari işletmesinin unvanını üzerinde tutamayacağı gibi, bu unvana ön ilaveler yaparak kendi adına tescil ettirmeyi sürdürmesinin de iyiniyetle bağdaşmayacağı nedeniyle, davasının reddine, karşılık davanın kabulü ile davacı adına tescilli tüm Kahramanmaraş otobüs işletmesi ticaret unvanlarının iptallerine karar verilmiştir.

Kararı davacı ve mukabil davalı temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve ticaret unvanının korunmasından maksat, kişinin o unvan altında fiilen ticaret yapmasını zaruri kılmamasıdır. Belli bir konu için ticaret unvanı alıp, o unvanı kullanmadan ve o işi yapmadan başka bir firma ismi altında değişik iştiğal konusu ile meşgul olunmasına davacının ve karşı davalının kaydettirdiğı diğere 12 ticaret unvanını fiilen kullanmadığıın anlaşılmasına, bu suretle de hakkını MK.nun 2. maddesine göre suistimal etmiş olmasına göre davacı ve mukabil davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir."

III. KONUNUN TARTIŞILMASI VE MAHKEME KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Genel Olarak

Görüldüğü üzere, ilk derece mahkemesi kararı ile bu kararı onayan Yargıtay kararının hükme dayanak olan gerekçeleri birden fazladır. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bütün gerekçelerini kabul etmenin yanında, diğer birtakım gerekçelerle de ilk derece mahkemesince verilen hükmün doğruluğunu desteklemiş ve hükmü onamıştır. Bu hükümlere dayanak teşkil eden gerekçeler şu şekilde sıralanabilir.

1- Ticaret unvan veya unvanları iyiniyete aykırı şekilde tescil ettirilmemeli ve kullanılmamalıdır. Bu doğrultuda aşağıdaki hareket şekillerine aykırı hareketler iyiniyete aykırı sayılır:

a- Ticari işletme faaliyetini terk eden tacir, önceden beri kullanmakta olduğu unvanı sicilden terkin ettirmeli, yani serbest bırakmalıdır.

b- Ticari işletme faaliyetini terk eden tacir, artık yeni ticaret unvanını tescil ettirmemelidir.

c- Fiilen kullanılmayan ticaret unvan veya unvanları tescil ettirilmemelidir.

2- Şehir isimleri kişilerce imhisar altına alınamaz. Her tacir, şehir isimlerine ekler takmak suretiyle yeni ticaret unvanı ihdas ve istimal edebilir. Bu hareket, aynı şehir adına ekler takarak kullanılan diğer ticaret unvanlarına iltibas ve dolayısıyla tecavüz oluşturmaz. (3)

3- Ticaret unvanının kanun tarafından korunabilmesi için, fiilen kullanılıyor olması gereklidir. Koruma müessesesi ancak bu durumda işletilebilir. Fiilen kullanılmayan ticaret unvanları kanuni korumadan yararlanamaz.

Binaenaleyh, yukarıda zikredilen sorular ile bir münasebatla verilen kararlar tartışılması gereken birçok meseleyi aynı anda gündeme getirmiş durumdadır. Kanaatimizce, bunları beş ana başlık altında toplayarak incelenmek mümkündür.

(3) Oysa Yargıtay daha önceki bir kararında aksi görüşü savunuyor idi. Şöyle ki; "Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve davacı tarafından önce ticaret siciline tescil ettirilmiş bulunan (Yeni Kahramanmaraş ve Öz Kahramanmaraş) ticaret unvanlarının kullanılması hakkının TTK.nun 52. maddesine göre münhasıran davacıya ait bulunmasına ve esasen dava dilekçesine dayanıldığı gibi asıl haksız rekabete konu teşkil eden kelimenin (yeni) veya (öz) kelimeleri olmayıp iltibasa (Kahramanmaraş) adının yol açması nedeniyle haksız rekabete konu teşkil eden bu kelime olmasına, davacının da bu adı halen kullanmakta bulunmasına göre davanın kabulünde TTK.nun 52. maddesine aykırılık bulunmamasına nazaran, davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm karar düzeltme istemlerinin reddi gerekir." 11.HD.20.21.1985, E.7204/K.718 (Başbuğoğlu 114).

2- Bir Tacir Birden Fazla Ticaret Unvanını Tescil Ettirilir, Kullanabilir mi?

Ticaret unvanı, işletmenin sahibini diğer işletmelerin sahiplerinden ayırmaya yarayan addır. Her tacir, işletmesinin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir (TK.42)I). Her tacir kullanacağı ticaret unvanını notere onaylattıktan sonra sicil memuruna vermek zorundadır (TK. 42/II, TSN.21)

Bu çerçevede, tacirin birden fazla ticaret unvanı kullanabilip kullanamayacağı sorusu değişik ihtimaller nazara alınarak cevaplandırılması gereken bir meseledir.

a) Tacir, işgal alanları birbirinden farklı olan iki veya daha çok ticari işletmeye sahip ise, her işletmesini ve her işletmeye ait ticaret unvanını ayrı ayrı tescil ettirmelidir. Bu işletmelerin aynı sicil dairesi içinde bulunup bulunmaması önemli değildir. İşletmeler farklı sicil daireleri içinde bulunsun bile hüküm aynıdır (TSN.22). Böyle bir durumda tacir herbir ticari işletmesi için özel bir unvan alabilir (4).

Ancak bunun için işletmelerin gerçek anlamda birbirinden bağımsız olmaları şarttır. (5). Diğer bir deyimle, bu işletmeler bir ticari işletmeye ait olan farklı yerlerdeki işletmeler olmamalıdır. Her iki işletmenin yer ve konu itibarıyla ayrılığı, ayrı muhasebe tutulması ve ayrı bilanço çıkarılması, farklı işletme yerleri için birbirinden bağımsız kira sözleşmeleri yapılmış olması, işletme şubesinin farklılığı, tacirin birden fazla ticaret unvanı kullanmasını haklı kılar (6). Bununla beraber, müşterek işyerlerinde ve müşterek kira sözleşmelerinde ve keza memurların kısmen toplu faaliyette bulunmaları halinde de işletmelerin farklı oldukları kabul edilebilir. (7).

Bununla birlikte, birden fazla ticari işletme için birbirinden farklı unvanlar kullanılabilme hususu tacire tanınmış bir hak, bir imkandır. Dolayısıyla, tacir bu hak ve imkandan yararlanmayı arzu etmeyebilir ve aynı unvanı herbir ticari işletmesi için ayrı ayrı kullanabilir (8). Herbir ticari işletme için, ayrı ayrı ekler

- (4) KGJ 28 A 253 - KG RJA 9 24 - RG HRR 1929 Nr.1666 - RG MuW 25, 154 (Schlegelberger/Hildebrand/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 4); Würdinger, HGB. § 17 Anm. 5; Poll 35; Capelle/Canaris 153, 154; Hueck 48; Müller/Erzbach 90; Cosack 169; Hämmerle 143.
- (5) Schlegelberger/Hildebrand/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 4; Capelle/Canaris 154; Hämmerle 143.
- (6) Schlegelberger/Hildebrand/Steckhan, HGB. §§ 17 Anm 4; Würdinger, HGB. §§ 17 Anm. 5, 30 Anm. 10; Wiedemann 98;
- (7) KGJW 1936 1680 (Schlegelberger/Hildebrand/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 4).
- (8) Würdinger, HGB. § 17 Anm. 5; Poll 35; KGJ 28 A 253 - KG RJA 9, 24 - RG HRR 1929 Nr. 1666 - RG MuW 25, 154 (Schlegelberger/Hildebrand/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 4); Capelle/Canaris 155; Schmidt § 12 II 2c; Brox 75-76; Degenhart 48; Poroy 214.

ihdas etmek veya tamamen farklılaştırmak suretiyle birbirinden farklı ticaret unvanlarının tescil ve kullanımı zorunlu değildir (9). Zira, ticaret unvanı tacirin bizzat kendisini gösterdiği ve taciri diğer ticari işletme sahiplerinden ayırt etmek amacıyla kullanıldığı için, aynı unvanın aynı tacire ait diğer ticari işletmeler için de kullanılması bu maksadın gerçekleşmesini engellemez. Yani, ticari işletme sahibinin kimliği hususunda üçüncü kişilerin yanılmasına yol açmaz.

b) Tacire ait birbirinden bağımsız işletmelerin iştiğal alanlarının aynı olması halinde ise, ticaret unvanının her bir işletme için tekrar tescil ettirilmesi gerektiğini düzenleyen TSN. 22 gibi açık bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, TK. 42/I ve TK. 50/I gereğince unvanın iştiğal konusu aynı olan diğer bağımsız işletmeler için de tekrar tescil ettirilmesinin gerekli olduğu söylenebilir.

İştiğal konularının aynıyeti halinde de, tacir her bir işletmesi için aynı unvanı ayrı ayrı kullanılabilir. Zira, aynı gerekçeler burada da söz konusudur.

c) Tacirin aynı işletme için birden fazla ticaret unvanı tescil ettirebilip ettiremeyeceği sorusuna ise, olumsuz cevap vermek gerekir. Şöyle ki;

Öncelikle, Yargıtay'ın da belirttiği gibi, aynı işletme için birden fazla ticaret unvanının aynı zaman dilimi için tescil ettirilmesi iyiniyet kurallarına aykırıdır. Gerçekten, bir işletme için bir ticaret unvanı seçilme ve kullanılmasının sebebi, yukarıda da belirtildiği üzere işletme sahibinin diğer işletme sahiplerinden ayırt edilmesi gayesine yöneliktir. Bu gayeyi aşan tescil ve kullanımlar hakkın suistimalini teşkil eder ve MK. 2 anlamında iyiniyet kurallarına aykırı sayılır. Nitekim, işletme sahibinin, aynı işletme için birden fazla ticaret unvanı kullanması veya tescil ettirmek istemesi halinde bu açıkça görülmektedir.

İkinci olarak, birden fazla unvanın tescil ettirilmesi TK. 42/I-II ile TSN. 22'ye aykırıdır. Zira, bu hükümlere göre, her bir işletme için ayrı ticaret unvanı tescil ettirilmesi gerekli olduğu gibi, tescil ettirilecek bu unvanın dahi kullanılması amaçlanan unvan olması gereklidir. Gerçekten, bu husus TK. 42/II'de her tacirin kullanacağı ticaret unvanını onaylatma ve sicile verme yükümlülüğünden bahsedilerek açıkça ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, ister birbirinin aynı olsun ve ister birbirinden farklı olsun, tescil ettirilen her unvan, ayrı bir işletmenin varlığını göstermektedir.

Üçüncü olarak, aksine hareket ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği kuralını getiren TK.51'e aykırılık teşkil eder (10).

Dördüncü olarak, ortada sadece bir işletme var iken, sanki unvan sayısınca

(9) Aksi görüşte: Kraft 48 vd., 80; Karayalçın 378-379; Eriş 348.
 (10) Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 3.

işletmeler varmış gibi kanaatler oluşturabilecek böyle bir durum TK. 34/III'ü de ihlal eder. Gerçekten, böyle bir durum üçüncü kişilerde, yanlış bir fikir, yani ortada birden fazla işletmenin var olduğu izlenimini uyandırmaktadır (11).

Beşinci olarak, bu şekilde unvan tescil ettirilmesi TK. 41'e de aykırılık teşkil eder. Zira, unvan kullanmak ve tescil ettirmek tacir için bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür. Dolayısıyla, tacir bu kullanım hakkını kanuna uygun olarak kullanmak durumundadır. Diğer bir deyimle tacir, ticari işletmesiyle ilgili senet ve belgeleri bu unvan altında yapmaya ve bu unvanı işletmenin giriş cephesinin herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde asmaya mecburdur. Fiilen kullanılmayan unvanın tescil ettirilmesinin ise, kullanma yükümlülüğü getiren bu kanun hükmünü ihlal edeceği apaçık ortadadır. Bunun ise TK.53/II gereğince tacirin hukuki ve cezai sorumluluğuna yol açacağı şüphesizdir.

Necite itibariyle, her tacir kendisine ait her bir ticari işletme için bir ticaret unvanı tescil ettirmeli ve kullanılmalıdır. Fiilen kullanılması düşünülmeyen çeşitli unvanların, koruma duvarı örme gibi temelde kötü niyet taşımayan masum gerekçelerle dahi, tescil ve kullanımına izin verilmemelidir.

Keza, bir tacir bir ticari işletmeyi unvanı ile birlikte devralırsa ve tacir bu işletmeyi bir başka unvan altında işletmeyi düşünür, fakat her iki unvanı da muhafaza etmek isterse, tacir mevcut işletmesini birbirinden bağımsız iki ayrı işletmeye ayırmalıdır. O bunu yapmak istemezse, ya unvanlar arasında bir seçim yapmalı ya da unvanları birleştirerek yeni tek bir unvan teşkil etmelidir (12). Yoksa, bir işletme için aynı zaman dilimi içinde unvanların her ikisini birden kullanması caiz olmadığı gibi münavebeli (nöbetleşe) kullanım da caiz değildir (13).

Kısaca unvanda teklik ilkesi de denilen bu ilke gereğince, bir tacir herbir işletmesi için sadece bir tek unvan kullanılabilir (14) ve bunun temini için de unvanın tescilinde kullanma amacının varlığı bir tescil şartı olarak aranmalı, bu

(11) "Ticaret unvanı gerçek amaca uygun ve başkalarını yanlış kanaate sevketmeyecek nitelikte olmalıdır." 11.HD.29.11.1973, E.4778/K.4768 (RKD. 1974/3, s. 156); Brox 75.

(12) Würdinger, HGB. § 22 Anm. 38; Wiedemann 97-98; Brox 75; Capelle/Canaris 145, 155.

(13) Würdinger, HGB. § 17 Anm. 5; Wiedemann 97-98.

(14) Bu kural Alman Hukukunda unvanda tetkik ilkesi olarak adlandırılmakta ve hakim kanaat olarak geçerliliği kabul edilmektedir. Bk. Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB. § 17 Anm. 3; Würdinger, HGB. § 17 Anm. 5; Gierke 87; Gierke, Der Grundsatz der Firmeneinheit, ZHR 1959, 189; Esch BB 68, 235; Poll 35; George BB 63, 1451; Wiedemann 97; Knopp 161; Hueck 48; John 173 vd.; Schmidt § 12 II 2a ve b; Bokelmann Rdn. 391 vd.; Klunzinger 143; Brox 75; Degenhart 48; Müller-Erzbach 89; Hämmerle 142.

Aksi fikirde olan Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesine göre, bir tacir bir işletme için birden fazla ticaret unvanı kullanılabilir (OLG Düsseldorf Beschl. v. 25.6.1953, NJW 54, 151); Bu yönde: Schlichting 322; Capelle/Canaris 155; Kraft 25 vd.; Nipperdey 217.

şartı gerçekleştirmeyen unvanlar sicil memurunca tescil edilmemelidir (TK.34).

Şu kadar ki, sicil memurluğunun işlerini güçleştirmemek için her olayda bu şartın gerçekleşmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli ve bunun aksinin iddia edilmesi halinde de tescili talep eden kişinin kullanma amacının varlığını ispatlaması istenmelidir.

Sicil memuru başlangıçta kullanma amacının varlığı karinesinden hareketle, unvanın tescilini gerçekleştirmiş iken, sonradan böyle bir amacın bulunmadığını haber alırsa, ilgili kişi veya kişilere münasip bir süre vererek unvanı kanuna uygun hale getirmeye, yani terkin etmeye ve terkinini istemiyorlarsa neden istemedikleri açık ve teferruatlı olarak ve onu isbata yarar delillerle birlikte bildirmeye davet eder (TK.35/I, TSN.40). Davetin bu şekilde yapılması, yani hem terkin hem de imtina sebeplerinin bildirilmesi sıhhat şartıdır (15).

Sicil memurunun verdiği süre içerisinde fiilen kullanmadığı unvanı terkin ettirmeyen veya terkin ettirmemesine ilişkin imtina sebeplerini bildirmeyen ilgili kişi, sicil memuruna teklifi üzerine sicilin bağlı bulunduğu mahkemenin kararıyla para cezasına çarptırılır. (TK.35/2)

Süresi içinde terkinden imtina sebepleri bildirilmekle birlikte, mahkeme bu sebepleri yeterli görmezse kaydın terkinini sicil memuruna emreder; yeterli görürse, kaydın devamına karar verir (TK.36/3).

Mahkemenin bu kararı aleyhine hem ilgililer hem de sicil memuru kararın tebliği tarihinden itibaren 15 gün içinde temyiz yoluna başvurabilir. Temyiz icrayı durdurur (TK.35/4). Şu kadar ki, ilgililerin para cezasına ilişkin mahkeme kararlarını temyiz edebilmeleri için hükmolunan parayı mahkeme veznesine yatırmış veya aynı miktarda teminat göstermiş olmaları gerekir (TK.35/5).

3- Ticari Faaliyetini Sona Erdirip, Ticari İşletmesini Kapatana Kişi Ticaret Unvanını Sicilden Terkin Ettirmeli midir?

TK. 33 ve TSN. 41 gereğince tescil edilmiş olaylarda meydana gelebilecek her türlü değişiklikler de tescil edilir. Tescilin dayandığı olay veya işlemlerin tamamen veya kısmen ortadan kalkması halinde de sicildeki kayıt tamamen veya kısmen silinir. Bu silinme kural olarak tacirin isteği üzerine gerçekleştirilir (TK.29).

Dolayısıyla, bir tacir ticareti terk ettiği zaman ticari işletmesini ve ona bağlı olarak duran ticaret unvanını terkin ettirmelidir. Aksine hareket terkinini istemiyen

ilgilinin sorumluluğunu gerektirir (TK.35/III,TSN.41, 42). İlgili kişi, kusuru yüzünden üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararları tazmin etmek zorunluluğunda kalır (TK.40) ve ayrıca 5590 syl. Odalar ve Borsalar Kanununun 77. maddesi gereğince para cezasına çarptırılır.

4- Ticari Faaliyetini Sona Erdirip, Ticari İşletmesini Kapatana Kişi Ticaret Unvanı Tescil Ettirebilir mi?

Ticaret unvanı işletme sahibini gösteren bir ad olduğundan, ortada bir ticari işletmenin olmaması halinde işletme sahibinden ve onun gösterilmesinden de sözedilemez. Gerçekten, sona ermiş olan işletmenin dahi terkininin istenmesi gerekirken (TK.33), aksine hareket edilerek sanki ticari işletme varmış gibi onun sahibi adına unvan tescil ettirilmek istenilmesi TK.34/III gereğince gerçeğe aykırıdır ve üçüncü kişilerde ortada bir ticari işletmenin varlığı tarzında yanlış bir fikir uyandırabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, olmayan bir işletme için ticaret unvanı tescil ettirilmek istenilmesi TK.20/I, 33, 34/III, 41, 42'ye ve Yargıtay'ın da isabetle belirtildiği üzere iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder. Aksine hareket edilmesi ise, ilgilinin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektirebilir (TK.40). Yani yukarıda 2. şıkda düzenlenen hukuki sorumluluk yanında, eğer gerçeğe aykırı beyanı kötünüyetli olarak yapmışlarsa TK. 40/I gereğince cezai sorumluluğa da tabi tutulabilirler. Bir diğer deyimle, para veya hapis cezasına veya bu ikisine birden mahkum edilebilir ve ayrıca bir yıldan beş yıla kadar ticaret ve sanayi odalarına üye olabilmek, borsalarda işlem yapabilme haklarından yoksunluğa veya borsalardan geçici olarak çıkartılmalarına karar verilebilir.

5- Ticari İşletme Tarafından Fiilen Kullanılmayan Ticaret Unvanları Kanuni Korumadan Yararlanabilir mi? Yararlanmalı mıdır?

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda, tescil ve kullanımı kanuna ve iyiniyet kurallarına aykırı bulunan fiilen kullanılmayan ticaret unvanlarının kanuni korumadan yararlanmaları mümkün değildir. Gerçekten, genel başlığı "Ticaret Unvanının Korunması" olan TK. 52'de, muhtemel tecavüzlere karşı ticaret unvanının kanuni korumadan yararlanabilmesi için, unvanın usulüne, yani kanuna ve iyiniyet kurallarına uygun olarak tescil ettirilmiş olması aranmaktadır. Fiilen kullanılmayan unvan tescil ettirilmesi yukarıda zikredilen gerekçeler doğrultusunda kanuna ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğundan, bu tip unvanların kanuni korumadan yararlanabilmeleri mümkün değildir. Yararlandırılmaları yolunda yorum yapılması da hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun bir yorum sayılamaz.

6- Coğrafi İşaretlerin Unvanda Kullanılması ve Buna Bağlı Meseleler

Şehir ve bölge isimleri ticaret unvanında kullanılabilir (16). Ancak bu husus şehir veya bölge isimlerinin kişilerce inhisar altına alınabileceği anlamına gelmez. Bu tip isimler genel isimlerdir. O bölgede faaliyet icra eden her tacir bu isimleri kullanma hakkını haizdir (17).

Alman öğretisinde ve mahkeme içtihatlarında kullanılacak olan coğrafi işaretin işletmenin büyüklüğü ve faaliyet alanı ile orantılı olması gerekli olduğu, aksi halde yanıltıcı nitelik taşıyabilecek ifade edilmektedir. Örneğin, tüm Berlindeki pazar pazı %14 olan bir işletme Berliner WohnungsbauGes (Berlin-in Konut İnşaat Şirketi) işaretini kullanamıyor (18). Buna karşılık, Hamburg'un dört büyük bankasından biri olan işletme Hamburger Volksbank (Hamburg-un Halk Bankası) işaretini (19); Berlinde bulunan 258 sürücü okulu içinden ilk ona girebilen bir işletme Fahrschule Berlin (Berlin Sürücü Okulu) işaretini (20) kullanabiliyor.

Keza, yine aynı hukuk sisteminde, başka şekilde yanıltıcı nitelik taşıyan her türlü coğrafi işaret kullanımının caiz olmadığı kabul edilmektedir (21). Örneğin, Bavyera eyaletinde bulunan iki bölgesel bankadan birinin Bayerische Bank (Bavyeralı Banka) işaretini kullanması (22) gibi. Öte yandan, o bölgede faaliyet icra etmeyen kişilerin bu coğrafi işaretleri kullanması da yanıltıcı nitelik taşır (23). Bununla beraber, geleneksel gerçekler bunun aksini gösterebilir. Örneğin Euskirchen'de üretilen biralar için Kölsch (24) işaretinin kullanılması gibi.

Netice itibariyle, her tacir, kendisine yönelik olarak gerçekleştirilecek olan ayırt ediciliği sağlayarak, şehir veya bölge isimlerine ekler takıp yeni ticaret unvanı ihdas ve istimal edebilir. Örneğin, Konaş Konya Taşımacılık Koop. gibi.

Bu hareket, aynı şehir veya bölge adına ekler takarak kullanılan diğer ticaret unvanları ile iltibas teşkil etmez ve dolayısıyla tecavüz oluşturmaz. Diğer bir deyimle, değişik unvanlarda aynı şehir veya bölge isimlerinin bulunması ha-

(16) Bk. Burkhardt, Schweizerisches Bundesrecht Nr.5161 III (Steiger 28'den naklen); Steiger 27-28; Hopt/Baumbach/Duden, HGB. § 18 4/A

(17) BGH BB 64, 240 - BayObLG 78, 848 - Oldbg BB 57, 946, 62 387, 64, 573, BayObLG, Hamm. BB 58, 1001, 59, 898,60, 958, 66, 1248, Düss MDR 72, 55, Düss BB 81, 72 (Hopt/Baumbach/Duden HGB. § 18 4/A); Stgt BB 64, 1145. Mahkeme semt isimlerinin sadece o semtte faaliyet gösteren kişilerce kullanılabilmesi kanaatindedir. Örneğin "Gablener Fahrschule"

(18) KG NJW, 69, 1539; karş. KG DB 70, 246.

(19) BGH BB 68, 972.

(20) Hopt/Baumbach/Duden, HGB. § 18 4/A.

(21) Burkhardt, Schweizerisches Bundesrecht Nr.5161 III (Steiger 28'den naklen).

(22) BGH WM 73, 693; keza bkz. "Oberhessische Bank" işareti için BGH DB 75, 2178.

(23) Hopt/Baumbach/Duden, HGB. § 18 4/A.

(24) BGH BB 70, 859.

linde iltibasın varlığını tayin için, şehir veya bölge ismi dışındaki isimler nazara alınır. Şehir veya bölge isimlerinin ayniyeti iltibasın varlığına delil olamaz (25). Örneğin, daha sonra ihdas ve istimal edilen Kontur Konya Turizmcilik A.Ş. unvanı, yukarıda zikredilen diğer unvana tecavüz etmiş sayılamaz. Zira, iltibasın tesbitinde bu coğrafi işaret değil, unvanda bulunan diğer işaretler nazara alınır.

IV. SONUÇ

Netice itibariyle, tacir her biri ticari işletmesi için bir adet ticaret unvanı tescil ettirmeli ve kullanmalıdır. Bunu sağlanması için unvanın tescilinde kullanma amacının varlığı bir tescil şartı olarak aranmalı, bu şartı gerçekleştirmeyen unvanlar sicil memurunca tescil edilmemelidir (TK.34). Ancak, sicil memurluğunun işlerini güçleştirmeme açısından her olayda bu şartın gerçekleşmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli ve bunun aksinin iddia edilmesi halinde de tescilli talep eden kişinin kullanma amacının varlığını ispatlaması istenilmelidir.

Fiilen kullanılmayacak olan unvanlar tescil ettirilmemeli ve her nasılsa tescil ettirilmiş olan ticaret unvanları kanuni korunmadan yararlandırılmamalıdır.

Öte yandan, ticari işletmenin kapatılmasından sonra ticaret unvanı terkin ettirilmeli ve artık fiilen çalışmayan işletmeler için yeni ticaret unvanları tescil ettirilmesine imkan sağlanmamalıdır.

Nihayet, şehir veya bölge isimleri gibi, genel nitelik arzeden coğrafi işaretlerin inhisar altına alınması mümkün görülmemeli ve unvan sahibi açısından gerekli olan ayırt ediciliği sağlamaya elverişli olan ekler kullanılması suretiyle herkesin ayrı ayrı bu tip işaretleri kullanmasına imkan tanınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Başbuğoğlu, T. : Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ankara 1988.
 Bokelmann, : Das Recht der Firmen und Geschäftbezeichnungen, 3. Aufl., 1986.
 Brox, H. : Handelsrecht und Wertpapierrecht, München 1993.
 Capelle/Canaris : Handelsrecht, 21. Aufl., München 1989.
 Cosack, K. : Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1930.
 Degenhardt, M. : Handelsrecht, München 1950.
 Eriş, G. : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticarî İşletme ve Şirketler, Ankara 1987.

- Esch, : Zur Führung mehrerer Firmen durch Personengesellschaften BB 68, 235.
- George, : Mehrere Firmen für ein Handelsunternehmen? BB 63, 1451.
- Gierke, J. v : Der Grundsatz der Firmeneinheit, ZHR 1959, 189.
- Gierke, J. v. : Handelsrecht und Schiffahrtsecht, 6. Aufl., Berlin 1949.
- Hämmerle, H. : Handelsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Handelsstand, 2. Aufl., Graz Wien Köln 1967.
- Hopt/Baumbach/Duden: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kurz kommentar, Band 9, 24. Aufl., München 1983.
- Hueck, A. : Handelsrecht, München 1950.
- John, : Der Grundsatz der Firmeneinheit in Deutschland und Österreich, Festschrift für Duden, 1977, 173.
- Karayalçın, Y. : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticaret İşletme, Ankara 1968.
- Klunzinger, E. : Grundzüge des Handelsrecht, München 1993.
- Knopp, : Über den Grundsatz der Firmenheit ZHR (1963), 161.
- Kraft, : Die Führung mehrerer Firmen, 1966.
- Müller/Erzbach, : Deutschen Handelsrecht, 2 und 3. Aufl., Tübingen 1928.
- Nipperdey, : Die Zulässigkeit doppelter Firmenführung für ein einheitliches Handelsgeschaeft, Festschrift für Hueck, 1959, 195.
- Poll, : Juristische Kurzlehrbücher für Studium und Praxis, Band 1, Handelsrecht I, München 1957.
- Poroy, R., : Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1987.
- Schlegelberger (Hildebrandt/Steckhan): Handelsgesetzbuch, 1. Band, §§ 1-47a, 5., neubearbeitete Auflage, München 1973.
- Schlichting, : Die Zulässigkeit mehrerer Firmen für ein einzelkaufmännisches Unternehmen, ZHR 134 (1970), 322.
- Schmidt, K. : Handelsrecht, 3. Aufl, Köln, Berlin, Bonn, München 1987.
- Steiger, F. v. : Schweizerisches Firmenrecht, Zürich 1938.
- Wiedemann, H. : Prüfe dein Wissen, Handelsrecht, 6. Aufl., München 1992.
- Würdinger, : Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Großkommentar), früher herausgegeben von mitgliedern des Reichgerichts, 2. Aufl., bearbeitet von Brüggemann, von Godin, Ratz, Weipert und Würdinger, Berlin 1950/1963; im Erscheinen, bisher Bd. I, II und IV, bearbeitet von Brüggemann, Fischer, Röhrich, Schilling, P. Ulmer und Würdinger, Berlin 1967 vd.

KURULUŞ VE GÖREVLERİ İTİBARIYLA DENİZ MÜSADERE MAHKEMELERİ

Yrd. Doç. Dr. Süha TANRIVER (*)

Deniz müsadere mahkemeleri, denizde zabt ve müsadere hukukuna ilişkin (1) işlem ve tedbirlerin, kanuna uygunluğunu denetlemek üzere kurulmuştur. Söz konusu mahkemelere ilişkin hukukî düzenleme, 3894 Sayılı Denizde Zabıt ve Müsadere Kanunu'nda (2) yer almaktadır. Deniz müsadere mahkemeleri, ilk derece yargı yeri olarak faaliyet gösteren deniz müsadere mahkemeleri ile, üst derece yargı yeri olarak faaliyet gösteren Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesinden oluşur.

Deniz müsadere mahkemeleri, düzenli bir biçimde faaliyet gösteren mahkemeler arasında yer almaz; yargılama yetkileri, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından denizde zabıt ve müsadere hakkının kullanılmasına ilişkin kararın yayımlanması tarihinden itibaren başlayan (3894 s.K.m.88) tamamıyla istisnaî nitelikli bir yetkidir (3894 s.K.m.100). Yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği 1940 yılından günümüze kadar, henüz bu mahkemelerin fiilen oluşturulmasını ge-

(x) A.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Zabıttan, deniz nakil vasıtası (gemi) üzerindeki emir ve kumanda yetkisinin davranılması (3894 s.K.m.63); müsadere deniz ise, elkonulan geminin veya yükünün Deniz Müsadere Mahkemesinin hükmü ile Türk Devletinin mülkiyetine geçirilmesi anlaşılmalıdır (Kalpsüz, Turgut: Deniz Ticaret Hukuku, C.I., Giriş-Gemi, Ankara 1972, s. 273; Okay, Sami: Deniz Ticaret Hukuku, C.I.3. B., İstanbul 1970, s.187). Zabıt ve müsadere yoluyla gemi mülkiyetinin kazanılması, bir aslen iktisap türü olduğundan, Devlet bu suretle mülkiyetini kazanmış olduğu gemiyi her türlü haklardan ve takyitlerden arınmış olarak elde eder (Kalpsüz, s.275; Çağa, Tahir: Deniz Ticaret Hukuku, C.I. Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, İstanbul 1982, s.81). Denizde zabıt ve müsadereye, düşman ticaret gemileri ve yükleri ile onlara yardım ve destek sağlayan diğer gemiler tâbidir (3894 s.K.m.1) (Kalpsüz s.274). Bu hakkın kullanımı, Bakanlar Kurulunca başlangıcı ve sonu belirlenen zaman dilimi, içerisinde, açık denizlerde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, müttefiklerinin ve düşmanlarının hakimiyeti altında olan sularda Türkiye Cumhuriyeti'nin, müttefiklerinin ve düşmanlarının seyirüsefere yarayan içsularında ve tesisatında, harp gemileri komutanları ile ordu birlikleri komutanları ve Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliği altında bulunan yerlerde özel olarak bu işle görevlendirilmiş olan makamlarca gerçekleştirilir (3894 s.K.m.2,3,4). Denizde zabıt ve müsadere hakkı, tarafsız sularda uygulanmaz (3894 s.K.m.5).

(2) RG., 18.7.1940, sa.4564. Söz konusu yasal düzenlemenin bütünü gözetildiğinde, yasama tekniğine aykırı bir yöntem izlendiği, kamu hukuku kavram ve kurumları ile özel hukuk kavram ve kurumlarının birbirine karşıtıldığı ve yer yer hukukî olmayan kavramların kullanıldığı görülmektedir.

rektirir bir durum doğmamıştır.

A- İlk Derece Yargı Yeri Olarak Deniz Müsadere Mahkemeleri

I- Kuruluşu

Deniz müsadere mahkemeleri, ikisi adliye hâkimlerinden birisi askeri adlı hâkimlerinden olmak üzere, üç meslekî hâkim ve iki deniz subayından kuruludur. Mahkeme başkanlığı görevini, en kıdemli adliye hkimi yerine getirir (3894 s.K.m.92). Deniz müsadere mahkemelerine, yeteri kadar yedek hâkim de atanır (3894 s.K.m.94,I) ve bu mahkemelerde görevli hâkim ve subaylar, görevleri devam ettiği sürece, hkimlerin haiz olduğu bütün hak ve yetkilere sahiptirler.

Deniz müsadere mahkemelerinin uğraş alanının, zabt ve müsadere edilen geminin ve yükünün mülkiyetinin, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin mülkiyetine geçmesini sağlamak (3894 s.K.m.79) ve zabt ve müsadere hakkının hukuka uygun bir biçimde kullanılmamasından kaynaklanan tazminat taleplerini karara bağlamak olduğu gzetilirse (3894 s.K.m.80 vd.), bu mahkemelerin yapısal oluşumdaki farklılıklara rağmen, ilk derece yargı yeri olarak görev yapan özel hukuk mahkemeleri arasında yer aldığı söylenebilir. 3894 sayılı Kanun 123 ve 126, III. maddelerinde duruşma düzeninin sağlanması ve delillerin ikamesi bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümlerinin, deniz müsadere mahkemelerinde de uygulanacağının açıkca vurgulanması, bu mahkemelerin, özel hukuk mahkemeleri arasında yer aldığı yönündeki grşmzu tayit eder. Öte yandan, denizde zabt ve müsadere olayının, devletler umumi hukuki kuralları ile irtibat halinde bulunması, deniz müsadere mahkemelerinin, millî mahkemeler arasında yer almasını engellemez (3).

Her deniz müsadere mahkemesine, Devlet ajanı olarak bir deniz subayı atanır; ajana muavin de (yardımcı da) verilebilir (3894 s.K.m.97,I) Devlet ajanları, Milli Savunma Bakanlığının teklifi üzerine, bir kararname ile atanırlar (3894 s.K.m.97,II) ve hazırlık tahkikatı yapmak, zabtolunan nakil vasıtasını, yükünü ve tutuklanan görevlileri muhafaza etmek, mahkemede dava açıp Devleti temsil etmek ve verilen kararları yerine getirmek görevlerini üstlenmişlerdir. (3894 s.K.m.101) Deniz müsadere mahkemelerinin gördüğü davaların niteliği itibarıyla hukuk davası olduğu gözönüne alındığında, Devlet ajanı ve yardımcılarının mahkemede dava açıp bu davada Devleti temsil etmek görevi itibarıyla, Cumhuriyet Savcılarının hukuk yargılama süreci içerisinde üstlenmiş oldukları işleve

(3) Meray, Seha, L: Devletler Hukukuna Giriş, C, II, Ankara 1959, s.399.

benzer bir işlevi (4) yerine getirdiği söylenebilir. Öte yandan, deniz müsadere mahkemeleri tarafından verilen kararları yerine getirmek görevi açısından da, Devlet ajanları, infaz savcılarına benzemektedirler.

II- Görevleri

Deniz müsadere mahkemelerinin görevlerinin neler olduğu, 3894 sayılı Kanun'un 99 uncu maddesinin (A) fıkrasında gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, deniz müsadere mahkemelerinin görevleri, şu şekilde sıralanabilir:

1- Denizde zabt ve müsadere hakkının kullanılması sırasında alınan tedbirlerin kanuna uygun olup olmadığını denetlemek,

2- Zabtolunan nakil vasıtası veya malın müsadere sine veya serbest bırakılmasına karar vermek.

3- Zabt ve imha işlemlerinin haksız olarak yapılmasından veya haksız bir rota emri (5) verilmiş olmasından kaynaklanan zararın ve ziyanın tazminine karar vermek.

4- 3894 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinin (A) fıkrası uyarınca tazminat ödenmesine karar vermek (6).

5- Zabtolunan nakil aracı veya malın kullanılması veya iadesi hakkında, davanın deniz müsadere mahkemesinin önüne getirilmesinden önce veya davanın görülmesi sırasında ileri sürülmüş olan iddiaları karara bağlamak.

Deniz müsadere mahkemelerinde yapılan yargılama alenidir; ancak, Devletin güvenliği bakımından gerekli görülürse, yargılamanın gizli olarak da yapılmasına karar verilebilir (3894 s.K.m.122); bu mahkemelerde yargılamanın idaresi mahkeme başkanınca gerçekleştirilir (3894 s.K.m.111,I), incelemeler duruşmalı olarak yapılabilir (3894 s.K.m.123,124) ve kararlar sait çoğunlukla alınır (3894 s.K.m.128).

3894 sayılı Kanunda, deniz müsadere mahkemesinin kararlarına karşı, istinaf yolu ile, Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesine başvurulabileceği be-

(4) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yılmaz Ejder**: Savcılığın Hukuk Davalarında Görevleri, (AÜHFD., 1972/1-2, s.255-283) s. 255 vd; **Bilge, Necip/Önen, Ergun**: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3.B., Ankara 1978, s.113-119.

(5) Rota emri, durdurma veya arama yapılabilmesi için, muayyen bir yönden de gitmesi hususunda bir nakil aracına verilen emirdir (3894 s.K.m.59).

(6) Bitaraf bir nakil vasıtasındaki bitaraf harb kaçağı; nakil vasıtası durdurulduğu anda denizde zabt ve müsadere hakkına başvurulmasına dair olan karardan veya bu nevi malın Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından ilân edilen listeye dahil olduğundan haberdar değilse yada nakil vasıtası mezkûr hususattan haberdar olmakla beraber harb kaçağı malı boşaltmaya muktedir olamamışsa, ancak bir tazminat mukabilinde müsadere olunabilir (3894 s.K.m.30,A).

lirtilmiştir (m.99,B/1). Söz konusu yasal metinde, her ne kadar deniz müsadere mahkemesi kararlarının, istinaf üzerine Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi tarafından inceleneceği ifade olunmuşsa da, buradaki "istinaf" ibaresini, "temyiz" olarak algılamak ve yorumlamak gerekir (7). Zira, istinaf yargılamasının temel karakteristiği, davanın yeniden görülüp karara bağlanmasıdır (8). Halbuki, Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda, davayı yeniden görüp karara bağlamamakta, sadece deniz müsadere mahkemesinin hükmünü kısmen ya da tamamen bozup dosyayı yeniden görülmek üzere deniz müsadere mahkemesine iade etmektedir (3894 s.K.m.143). Dolayısıyla, başvuru üzerine, Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesince gerçekleştirilecek olan incelemeyi, temyiz incelemesi olarak nitelendirmek, daha doğru bir yaklaşım biçimi olur.

Deniz müsadere mahkemelerinin kesinleşmiş olan kararları, diğer mahkemeleri ve Devlet idare makamlarını bağlar (3894 s.K.m.100). Söz konusu mahkemelerin kararları kesinleşmeden icra edilemez (3894 s.K.m.131,I). Ayrıca, deniz müsadere mahkemelerinde görülen işler, hiçbir resim ve harca tâbi değildir (3894 s.K.m.147).

B- Üst Derece Yargı Yeri Olarak Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi

Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi, esas itibarıyla ilk derece yargı yeri olarak faaliyet gösteren deniz müsadere mahkemelerinden verilen kararların, hukuka uygunluğunu denetlemek ve 3894 sayılı kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek amacıyla oluşturulmuş bulunan özel hukuk yargılama teşkilâtı bütünü içerisinde yer alan bir üst mahkemedir.

I- Kuruluşu

Yüksek Deniz Müsaderesi Mahkemesi, ikisi temyiz mahkemesi (Yargıtay) üyelerinden, birisi askerî temyiz mahkemesi adli hâkimlerinden (Askerî Yargıtay üyelerinden) olmak üzere, üç meslekî hâkim ve iki deniz üst subayından oluşur. Mahkeme Başkanlığı görevini, adliye hâkimlerinden en kıdemlisi yapar (3894 s.K.m.93). Yüksek Deniz Müsaderesi Mahkemesi nezdinde de, bir Devlet ajanı bulunur ve bu ajan mahkemede Devleti temsil eder (3894 s.K.m.97,III; m.102,I); yargılamanın bitiminden önce, zabtolunan nakil vasıtasını ve yükünü serbest bırakabileceği gibi; ilgililerle uzlaşmaya da varabilir (3894 s.K.m.102,III).

(7) Aynı görüşte: Okay s.189

(8) Berkin, Necmeddin: Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul (tarihsiz), s.. 271; Kuru, Baki: Hukuk Usulünde İstinaf Teşkilâtı (Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanun Tasarısı ile Hâkimler ve Savcılar Kanun Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1964, s. 45-62), s. 46.

II- Görevleri

Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesinin görevlerinin neler olduğu, 3894 sayılı Kanun'un 99 uncu maddesinin (B) fıkrasında gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesinin görevleri, şu şekilde sıralanabilir:

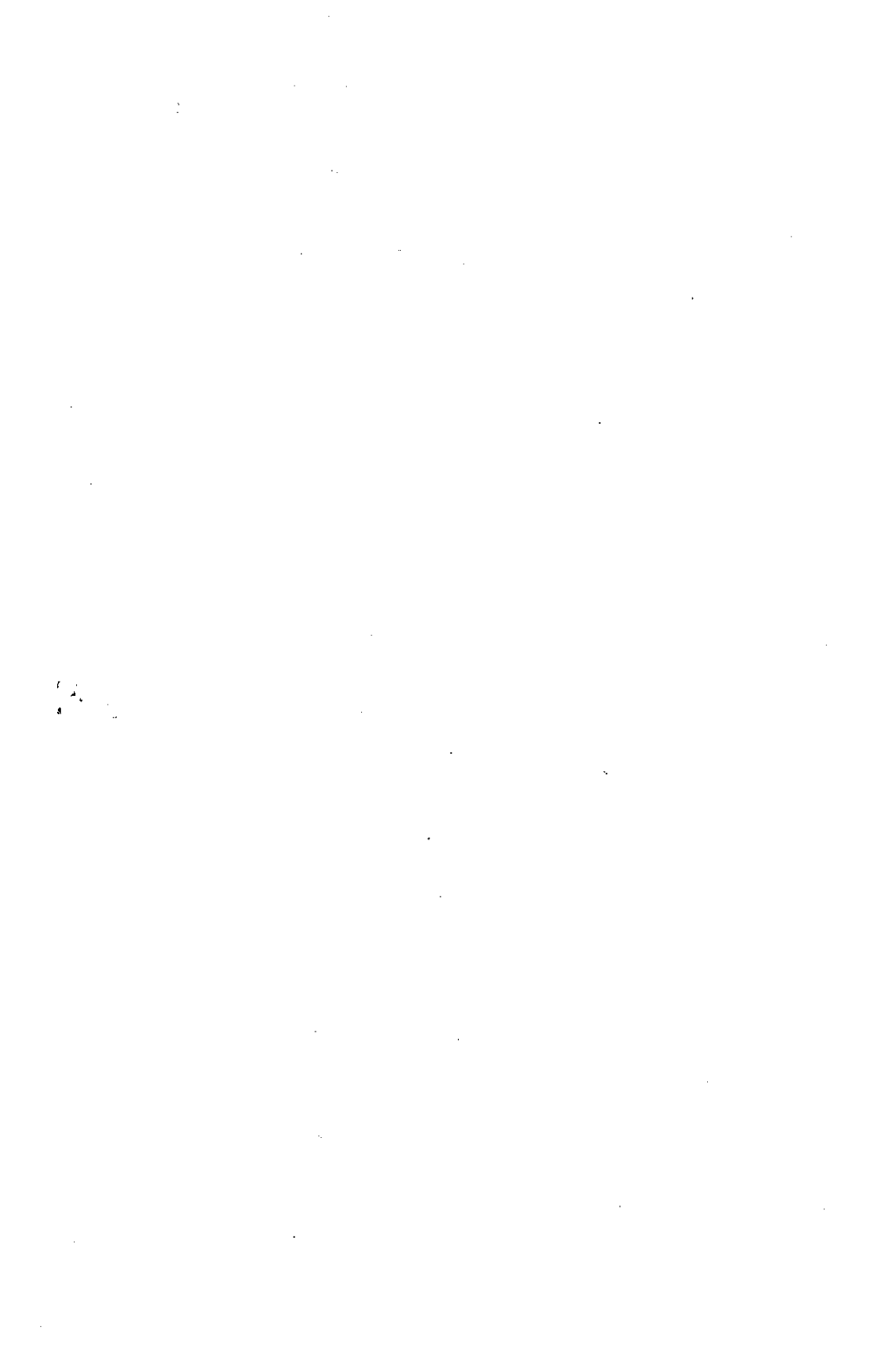
1- Deniz müsadere mahkemesinin hükümlerini temziyen (9) incelemek ve karara bağlamak,

2- Deniz müsadere mahkemesi kararlarına karşı yapılan itirazları incelemek,

3- Zaptolunan nakil vasıtasının veya malın kullanılması veya iadesi hakkında inceleme sırasında ve incelemenin sona ermesinden önce, ileri sürülen iddiaları karara bağlamak.

Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesinin hükümleri, tefhim veya tebliğ ile birlikte kesinleşir (3894 s.K.m.144). Bu mahkemenin kararının gereklerini, deniz müsadere mahkemesi nezdindeki Devlet ajanı yerine getirir. Ancak, Yüksek Deniz Müsadere Mahkemesi nezdindeki Devlet ajanı, kararın gereklerini yerine getirme yetkisini kendisinde saklı tutabilir (3894 s.K.m.145).

(9) Söz konusu düzenlemedeki "istinaf" ibaresini, "temyiz" olarak algılamak ve yorumlamak gerekir. Bkz. yuk. s.13 3-134.



ROMA HUKUKU'NDA ŞİRKET (SOCIETAS) AKDİ ve BUNUN TÜRK HUKUKU'NA ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Şahin AKINCI (*)

GİRİŞ

Şirket (societas) akdi, Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde ortaya çıkmış ve zaman içerisinde çeşitli değişikliklere uğrayarak gelişmesini sürdürmüştür. Roma'da, bir pater familias'ın ölümünde, geride bıraktığı tereke üzerinde mirasçılarının müşterek mülkiyet hakkı doğuyordu. Gaius bunu şirketin ilk hali olarak vasıflandırmıştır. Daha sonra çeşitli şirket şekilleri de ortaya çıkmıştır.

Günümüzde ise şirket kavramı oldukça gelişmiş ve bu gelişmeye paralel olarak çok değişik şirket türleri ortaya çıkmıştır. Fakat, şirket kavramı ve şirket çeşitleri ne kadar çok gelişirse gelişsin, bu müessesede Roma Hukuku'ndaki societas'ın izlerini bulmak halâ mümkündür. Roma Hukuku'ndaki şirket akdine ilişkin hükümlerin bir çoğu ya hiç değişmeden ya da çok az bir değişikliğe uğrayarak bugüne kadar gelebilmiştir. Özellikle adi şirkete ilişkin hükümler, Roma Hukuku'ndaki societas'a ilişkin hükümlerle büyük bir benzerlik arz etmektedir. Bu nedenle, bu makalede önce Roma Hukuku'ndaki societas incelenmiş, daha sonra BK.'da düzenlenmiş olan adi şirketle bir mukayese yapılmıştır. Özellikleri biraz daha farklı olduğu için ve konuyu da fazla dağıtmamak maksadıyla ticaret şirketleri araştırmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

I. ŞİRKET KAVRAMI

Roma Hukuku'da "societas" adı verilen şirket akdi, iki veya daha fazla kişinin meşru bir menfaat temin etmek gayesiyle mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt etmeleriyle kurulan tam iki taraflı rızâf bir akittir (1).

Roma'nın ilk devirlerinde, müşterek mirasçılarının ellerinde bulundukları mameleke "societas" denilmekteydi (2). Klâsik hukuk döneminde ise societas,

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Rado, 140; Umur, Lügat, 198.

(2) Sohm, 550; Jörs/Kunkel/Wenger, 240-241.

tam iki taraflı, hüsnüniyet davaları doğuran rızâf bir akit halini almıştır (3).

Günümüzde ise şirket, iktisadî ve sosyal birleşme sonucunda meydana gelen bir işletme olarak tarif edilmektedir. Bu tarifteki "iktisadî" kelimesi geniş anlamda teşebbüs, sermaye ve emeği ifade etmektedir (4).

Hukuk düzenimiz tarafından kabul edilmiş olan ve Roma Hukuku'ndaki *societas*'a en çok benzeyen şirket türü adi şirkettir. Adi şirket ise BK. m. 520/1'de şu şekilde tarif edilmiştir: "Şirket, bir akiddir ki onunla iki veya daha ziyade kimseler, sâylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam ederler".

Görüldüğü gibi, Roma Hukuku'daki şirket tanımı ile, BK.'ndaki şirket tanımı arasında çok büyük benzerlikler bulunmaktadır.

II. SOCIETAS'IN TARİHÇESİ

Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde bir aile reisinin (*pater familias*) ölümünde, birden fazla mirasçının iştirak halinde malik oldukları aile mamelekinde, mirasın paylaşılmamış haline "*consortium ercto non cito*" adı veriliyordu. Roma'da çok sık rastlanan bu durumda Gaius, Romalı'lara has bir şirket (*societas*) akdinin varlığını kabul etmekteydi (5). Bunu Gaius *Institutiones*'inde şu şekilde ifade etmektedir:

"Fakat yalnız Roma vatandaşlarına mahsus bir şirket şekli de vardır. Filhakika, eskiden aile reisinin ölümü ile, mirasçılar arasında, '*ercto non cito*' yani taksim edilmemiş mülkiyet denilen kanuni ve tabî bir şirket meydana gelirdi" (6).

Bu metinden de anlaşılacağı gibi, Gaius'un sözünü ettiği bu şirket, yalnız Roma vatandaşlarına mahsus bir şirketti ve mirasçılar mirası taksim etmemeye karar verdikleri andan itibaren, şirket akdinin kurallarına tabi oluyorlardı (7).

M.Ö. II. yüzyıldan itibaren, Roma devletinde iktisadî ve sosyal hayatın gelişmesi sonucu, şekle bağlı olmadan, sadece tarafların rızasıyla meydana gelen ve kazanç gayesi güden ortaklıklar oluşmaya başlamıştır. Özellikle *Ius Gentium* (yabancılar hukuku)'un etkisiyle aralarında aile bağları olmayan kimseler de kazanç gayesiyle bütün mallarını biraraya getirerek ortaklıklar kurmaya baş-

(3) Umur, Lügat, 198-199.

(4) Tüzün, 1.

(5) Umur, Lügat, 46.

(6) Gaius, Inst. 3, 154.

(7) Umur, Lügat, 46-47.

lamışlardır. Bu andan itibaren de bir rızaf akit olan societas ortaya çıkmaya başlamıştır. Ortakların bütün mallarını biraraya koyarak kurdukları bu şirket şekli Roma Hukuku'nda akit yoluyla kurulan en eski şirketti ve buna "societas omnium bonorum" (bütün mallar ortaklığı) adı verilmekteydi (8).

Roma Hukuku'nda daha sonra başka şirket türleri de ortaya çıkmıştır. Bunlar, "societas alicuius negotiationis", "societas unius rei" ve "societas quaestus"tur. Aşağıda bu şirketler üzerinde de durulacaktır.

III. ŞİRKET AKDİNİN UNSURLARI

Şirket akdinin unsurları, "affectio societas (ortaklık İradesi)", "ortaklık payı" ve "ortak gaye"den ibarettir.

A) Affectio Societas (Ortaklık İradesi)

Affectio societas, tarafların birleşmek, ortak olmak hususundaki rızalarıdır. Roma Hukuku'nda bu konudaki irade beyanı herhangi bir şekle bağlı değildi. Fakat, tarafların ortak olmak hususundaki niyet ve iradelerinin şirket akdinin sona ermesine kadar devam etmesi gerekiyordu. Ortaklardan bir tanesinde ortak olma iradesinin ortadan kalkması halinde şirket akdi sona erdi (9).

Günümüz hukukunda da, ortak olma iradesi (affectio societas) şirket akdinin unsurlarından bir tanesidir. Ortakların iradesi bir şirketin kurulmasına yönelik olmalıdır. Bu unsurun mevcudiyeti, şirket akdini diğer akitlerden ayırır. Meselâ işçi ve memurlara ücretin yanısıra belli bir miktar kâr payı verilmesi kararlaştırılmışsa, "affectio societas" mevcut olmadığı için şirket akdinden de söz edilemez (10).

B) Ortaklık Payı

Ortaklardan her birinin şirkete getirmeyi taahhüt ettiği mal (sermaye) ya da emek onun ortaklık payıdır. Ortaklık payının eşit olmasına gerek yoktur. Aynı şekilde her ortağın mutlaka sermaye koyması da şart değildir. Ortaklardan bazıları ortaklık payı olarak emeklerini de koyabilirler. Bu durumda sermaye olarak konulan emek para yerine geçer. Bir ortağın ortaklık payı olarak hem emeğini hem de sermayesini koyması da mümkündür (11).

Şirkete ortaklık payı olarak sermaye yerine emeğin konulabileceği hususu,

(8) Rado, 143.

(9) Iustinianus, Inst. 3, 25, 4; Rado, 141.

(10) Bilgişin, 54 vd.

(11) Rado, 141.

Gaius'un Institutiones'inde de açıkça belirtilmiştir. Bu konuda Gaius şöyle demektedir:

"...Fihakika öyle bir şirket kurulabilir ki birisi para verir diğeri vermez, fakat kâr aralarında taksim edilir; zira çoğu zaman bir kimsenin mesaisi para yerine geçer" (12).

Bu husus, Iustinianus'un Institutiones'inde de benzer ifadelerle ve aynı şekilde hükme bağlanmıştır (13).

Eğer ortaklar ortaklık payı olarak mal ya da para (sermaye) koymuşlarsa, ortakların getirdikleri bu sermaye üzerinde bütün ortakların müşterek mülkiyeti doğardı. Şayet ortakların getirdikleri mallar res mancipi ise bu malların mancipatio veya in iure cessio ile, res nec mancipi ise traditio ile ortaklığa devredilmesi gerekiyordu (14).

Burada önemli olan bir konu da, kâr ve zararın nasıl taksim edileceğidir. Kâr ve zararın nasıl taksim edileceği ortakların anlaşmasına göre tesbit ediliyordu. Eğer ortaklar bu konuda anlaşmamışlarsa bu durumda kâr ve zarar eşit olarak paylaştırılıyordu. Ortakların aralarındaki anlaşmaya göre, bazı ortakların kârdan pay almaları mümkündü. Fakat bazı ortakların yalnız kâra, bazılarının ise yalnız zarara iştirak edecekleri yolundaki anlaşma batıldı. Roma'da bu tür şirketlere "aslan payı şirketi" anlamına gelen "societas leonina" adı veriliyordu (15).

Kâr ve zararın taksimi konusunda Gaius şu bilgileri vermektedir:

"Şu muhakkak ki, eğer taraflar kâr ve zararın taksimi hususunda aralarında anlaşmamışlarsa, kâr ve zarar aralarında müsavi olarak taksim edilir, fakat bunlardan biri, meselâ kâr için isabet edecek hisse tesbit edildiği halde diğeri unutulmuşsa, bu hususta, yani unutulmuşta, aynı nisbetler cari olur" (16).

Aynı konuda Iustinianus'un Institutiones'inde de şu hüküm yer almaktadır:

"Eğer kâr ve zarar hisseleri üzerinde sarıh bir anlaşma yoksa, gerek kâr, gerek zararda taraflara müsavi hisseler terettüp eder. Eğer tasrih edilmişlerse, anlaşmaya riayet etmek lâzımdır; gerçekten, iki kişi arasında, birisinin kâr ve

(12) Gaius, Inst. 3, 148.

(13) Iustinianus, Inst. 3, 25, 2.

(14) Rado, 141.

(15) Sohm, 550; Jörs/Kunkel/Wenger, 242; Di Marzo, 400; Rado, 145.

(16) Gaius, Inst. 3, 150.

zararın iki hissesine, diğerinin üçte bir hisseye sahip olacağı suretinde yapılmış bir anlaşmanın muteber olduğu hususuna bir şüphe asla varit olmamıştır" (17).

Görüldüğü gibi, kârın taksimi hususundaki bu hükümler, hem Gaius'un, hem de Iustinianus'un Institutiones'inde aynı şekilde yer almıştır. Bu da bize, kârın taksimi ile ilgili bu kuralların hem klâsik hukuk döneminde hem de Iustinianus döneminde aynı olduğunu göstermektedir.

Bugünkü hukukumuzda da benzer hükümler yer almaktadır. BK. m. 522'ye göre, ortaklar, ortaklığa ait bütün kâr ve zarar aralarında bölüşürler. Bu bölüşme, BK. m. 523/I'e göre, aksine mukavele yoksa, ortaklığa getirilen sermaye oranında değil eşit olarak yapılır. Ancak ortaklar, kâr ve zararın bölüşülmesi hususunda belirli usuller kararlaştırabilirler. Bu konudaki genel kural, bu usullerin aslan payı ortaklığı (societas leonina) yaratmaması gerektiğidir (18). Gaius'un Institutiones'inde bulunan hükümlere benzer bir hüküm de BK. m. 523/II'de yer almaktadır. Bu hükme göre, bir ortağın yalnızca kâra katılacağı şartı, sadece o ortağın katılma payı olarak emeğini ortaya koyması halinde geçerlidir.

Roma Hukuku'nda, ortaklardan bazılarının kâr ve zararın daha büyük bir kısmına, bazılarının ise daha az bir kısmına iştirak edebilecekleri hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Fakat, ortaklardan bazılarının kârın daha çok, zararın daha az, bazılarının ise, zararın daha çok ve fakat kârın daha az bir kısmına iştirak edip edemeyecekleri hususunda ihtilaf çıkmıştır. Gaius'un Institutiones'inden anlaşıldığı kadarıyla uzun tartışmalardan sonra bunun mümkün olabileceği kabul edilmiştir (19). Aynı çözüm tarzı Iustinianus tarafından da benimsenmiştir (20). Fakat yukarıda da belirtildiği gibi, bu durumun aslan payı şirkete dönüşmemesi gerekir. Eğer ortaklardan biri ya da birkaçı, diğerleri lehine kârdan mahrum edilmişlerse bu durumda bir societas leonina söz konusudur ve şirket akdi geçerli değildir (21).

C) Ortak Gaye

Ortaklar, şirket kurmak ve bu yolla meşru bir kazanç temin etmek maksadıyla biraraya gelmelidirler. Şirket akdinin konusu meşru olmalı, ortaklıktan beklenen kazanç da meşru yollardan elde edilmelidir. Diğer bir deyişle, kazanç

(17) Iustinianus, Inst. 3, 25, 1.

(18) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 55.

(19) Gaius, Inst. 3, 149.

(20) Iustinianus, Inst. 3, 25, 2.

(21) Honig, 268.

yolları hukuka ve ahlâka aykırı olmamalıdır. Meselâ, birkaç kişi kaçakçılık ya da kalpazanlık yapmak ve bu şekilde zengin olmak için bir şirket kurarlarsa, böyle bir şirket akdi batıldır. Aynı şekilde bir haydut çetesi de şirket değildir (22).

Türk Hukuku'nda da bir ortak gayeden mahrum olan şirket akdi düşünülemez. Bu husus, BK. m. 520'de de açıkça belirtilmiş, fakat ortak gayenin ne olması gerektiği açıklanmamıştır.

BK. m. 522'ye göre, ortak gayenin kazanç paylaşmak olduğu söylenebilir. Fakat ortak gaye, anonim, limited, kollektif ve komandit şirketlerde farklı farklıdır. Anonim ve limited şirketlerde ortak gayenin iktisadî olması yeterli görülürken, kollektif ve komandit şirketlerde ortak gaye bir ticarî işletme işletmektir (23).

Nihayet, ortak gayenin, Roma Hukuku'nda olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da kanuna ve ahlâka aykırı olmaması gerekir (24).

IV. ŞİRKET AKDİNİN KURULUŞU VE HUKUKÎ MAHİYETİ

A) Şirket Akdinin Kuruluşu

Roma Hukuku'nda şirket akdi tam iki taraflı rızâf bir akittir. Bu nedenle, şirket akdinin kurulabilmesi için en az iki kişiye (ortağa) ihtiyaç vardır. Rızâf akit olması dolayısıyla da ortakların irade beyanları herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu beyan yazılı olabileceği gibi, sözlü de olabilir (25).

Türk Hukuku'nda da adi şirketin kuruluşu özel bir şekle tabi tutulmamıştır. Ortakların iradelerini sözlü olarak beyan etmeleriyle adi şirket kurulabilir Hatta zımnî irade beyanı dahi bazı hallerde şirket akdinin teşekkülü için yeterlidir. Fakat istisnaen bazı hallerde, meselâ sermaye olarak taşınmaz getirilmişse resmî şekle uyma mecburiyeti vardır (26).

Ticaret şirketlerinin kuruluşu ise bazı özel şekillere ve usullere tabi tutulmuştur (27).

B) Şirket Akdinin Hukukî Mahiyeti

Roma Hukuku'nda *societas*'ın sadece şahsî bir etkisi vardır ve ortaklar arasında sonuç doğurur. Dolayısıyla şirketin tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliği

(22) Umur, 371; Rado, 141-142.

(23) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 35 vd.

(24) Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 50-51.

(25) Rado, 140.

(26) Ansay, 10-11.

(27) Ansay, 29 vd.

olmadığı için de, şirket olarak malvarlığı, mülkiyet hakkı, alacakları ve borçları yoktur. Sadece ortakların ayrı ayrı malvarlığı vardır. Ortaklar bunda hisseleri oranında hak sahibidirler (28). Her ortağın şirkete getirmiş olduğu mallar üzerinde bütün ortaklar müşterek mülkiyet hakkına sahiptirler (29). Bir ortak şirket adına hareket etmek isterse, diğer ortakların vekâletine ihtiyaç vardır ve yaptığı muamelelerden şirket değil ayrı ayrı ortaklar sorumludur. Roma'da doğrudan doğruya temsil bilinmediği için, ortaklar kendi başlarına yaptıkları muamelelerden dolayı sadece kendileri hak sahibi olurlar ve borç altına girerler. Fakat şirket sözleşmesi gereğince, yaptıkları muamelenin hüküm ve sonuçlarını ayrı bir muamele ile diğer ortaklara devretmek zorundadırlar (30).

Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesi rızaî olduğu için, aynı bir etkisi yoktur. Societas omnium bonorum'un dışında, malvarlığındaki ortaklık şirket sözleşmesinin yapılmasıyla meydana gelmez. Ortaklar şirket sözleşmesi gereğince birbirlerine, karşılıklı olarak müşterek mülkiyeti nakletmeyi veya şirket mameleki olan şeylerde müşterek hak sahipliği durumunu birbirlerine temin etmeyi ve bu nakil muamelesi ile şirket kurmayı taahhüt etmişlerdir (31).

Türk Hukuku'nda ise, Roma Hukuku'nda olduğu gibi, adi şirketin tüzel kişiliği yoktur. Ortaklar tarafından getirilen mallar üzerinde ise, Roma Hukuku'nun aksine, tüm ortaklar müşterek değil, iştirak halinde maliktirler. Ortaklar, üçüncü kişilerle olan münasebetlerinde kendi adlarına hareket etmişlerse dolaylı temsil söz konusudur ve bu muameleden doğan hak ve borçlar muameleyi yapan ortağa aittir. Bu ortak tıpkı Roma Hukuku'nda olduğu gibi, yaptığı muamelenin hüküm ve sonuçlarını diğer ortaklara devretmek zorundadır. Fakat, muameleyi yapan ortak, Roma Hukuku'ndan farklı olarak, bu muameleyi şirket adına yaptığını üçüncü kişilere bildirebilir. Bu durumda doğrudan doğruya temsil söz konusudur ve muamelenin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya bütün ortakların şahsında doğar. Bütün ortaklar bu muamelelerden dolayı sorumlu olurlar (32).

V. ROMA HUKUKU'NDA ŞİRKET TÜRLERİ

Türk Hukuku'nda şirketler, adi şirket ve ticaret şirketleri olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Ticaret şirketleri ise, kolektif şirketler, adi komandit şirketler,

(28) Koschaker, 242-243.

(29) Fado, 141.

(30) Koschaker, 243.

(31) Koschaker, 243; Honig, 268; Di Marzo, 400.

(32) Ansay, 10, 12, 14-17.

sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, anonim şirketler, limited şirketler ve kooperatiflerdir.

Roma Hukuku'nda ise şirketler, şirket (societas) akdinin tarihi gelişimi içinde dört şekilde ortaya çıkmıştır.

A) Societas Omnium Bonorum

Bu, ortakların mevcut ve gelecekteki bütün mallarını ortaya koymalarını gerektiren bir şirket akdidir (33). Societas omnium bonorum, akit yoluyla meydana gelen en eski şirkettir (34).

B) Societas Alicuius Negotiationis

Bu şirket akdi, societas omnium bonorum'a nazaran daha dar bir karakter arz etmektedir. Bu akitle taraflar muayyen bir çeşit faaliyetlerde bulunmak amacıyla biraraya gelmektedirler. Meselâ köle alım satımı ile uğraşmak veya Akdeniz'de buğday ticareti yapmak için kurulan şirketler bu tür şirketlerdendir. Societas alicuius negotiationis'de ortaklar bütün mallarını değil, yaptıkları işler için gerekli olan sermaye miktarını ve emeği biraraya getirmeyi taahhüt ederlerdi (35).

C) Societas Unius Rei

Belirli bir mal ortaya konarak, bu malın işletilip kâr edilmesi veya bir tek şeyin ya da işin meydana getirilmesi için kurulan şirket şeklindedir. Meselâ, müşterek bir arsa üzerinde bina yaptırmak veya bir çiftliği işletmek üzere kurulan şirketler bu türdendir (36).

D) Societas Quaestus

Ortakların bütün malvarlığını değil, meslekî kazançlarını biraraya getirerek kurdukları şirketlerdir. Eğer yapılan şirket sözleşmesinde bir açıklık yoksa, bu tür bir şirket sözleşmesi yapılmak istendiği farz ve kabul edilirdi (37).

VI. ŞİRKET AKDİNDEN DOĞAN BORÇLAR VE ORTAKLARIN SORUMLULUĞU

A) Şirket Akdinden Doğan Borçlar ve Davalar

Şirket akdinin kurulmasıyla taraflar, taahhüt ettikleri ortaklık paylarını

(33) Sohm, 550; Berkî, 292.

(34) Rado, 143.

(35) Sohm, 550; Rado, 143.

(36) Sohm, 550; Berkî, 292; Rado, 143-144.

(37) Berkî, 292.

ödeme mükellefiyeti altına girerler (38). Bunun için gerekli devir muamelelerini yapmak zorundadırlar. Ayrıca, şirket adına üçüncü kişilerle muamele yapan ortaklar, bu muamelenin sonucunda elde ettiklerini diğer ortaklara devretmekle mükelleftirler.

Eğer bir ortak şirket sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmezse, diğer ortakların *actio pro socio* denilen bir davaları vardı. Bir hüsünüyet davası (39) olan bu davanın formulası *in factum concepta* (40) idi. Bu davanın sonucunda hakim, her ortağı ancak kendi imkânları ölçüsünde mahkûm ederdi ve yapamayacakları bir şeye hükmedemezdi. Ortaklara tanınan bu imtiyaza "*beneficium competentiae*" adı veriliyordu. Bu davanın sonuçlarından bir tanesi de, mahkûm olan ortağın şerefsiz (41) sayılmasıdır. Bunun nedeni, şirket akdinin karşılıklı güvene ve iyiniyete dayanmasıdır (42).

Türk Hukuku'nda da adi şirkette ortaklar birbirlerine karşı, yaptıkları işlerden ve masraflardan dolayı sorumludurlar. Ortak, BK. m. 527'ye göre, şirket işleri için yaptığı masrafları diğer ortaklardan payları oranında isteyebilir. Aynı şekilde, üstlendiği borçlardan dolayı da diğer ortaklar ona karşı sorumludur (43).

Ayrıca, BK. m. 526'da rekabet yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklardan hiçbiri kendi hesabına şirketin gayesine aykırı ya da zararlı olan işleri yapamaz. Bu hüküm bir çeşit rekabet yasağıdır. Bu yasağa uymayan ortak bundan dolayı sorumludur (44).

B) Şirket Akdinde Ortakların Sorumluluğu

Roma Hukuku'nda ortaklar, şirket işlerinin idaresinde yalnızca dolus

(38) Rado, 145.

(39) Roma Hukukunda davalar, dar hukuk davaları ve hüsünüyet davaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar hukuk davaları hakime takdir yetkisi bırakmayan davalardır. Hüsünüyet davaları ise formullarının *intentio* kısmında "*ex fide bona*" (hüsünüyetin icabına göre) kelimeleri bulunan ve hakime, hal ve vaziyetin icabına göre geniş bir takdir yetkisi tanıyan davalardır (bak. Sohm, 550 - 551; Jörs/Kunkel/Wenger, 243; Umut, Lügat, 96).

(40) *lus Civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için *lus Civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için formulanın *intentio*'suna dahil ederek zikrettiği bir vakıya dayanan davalara bu ad verilirdi. Formullarında *lus Civile*'ce tanınmış bir hakkın zikredildiği davalara ise "*in ius concepta*" adı veriliyordu (bak. Schwarz, 280 vd.).

(41) Roma Hukuku'nda şerefsizlik, hak ehliyetini kısıtlayan sebeplerden bir tanesidir. Şerefsizler *magistra* seçilemezler, davada başkasını temsil edemezler, *magistra*, başkalarından istemediği teminatı onlardan isteyebilir ve şahitlikleri dinlenmeyebilirdi (bak. Karadeniz-Çelebican, 173-174; Umut, Lügat, 86).

(42) Sohm, 550; Rado, 146.

(43) Tüzün, 12.

(44) Tüzün, 12.

(kasıt)'tan dolayı sorumlu tutuluyorlardı. Ancak bu hüküm, klâsik dönem hukuku için geçerlidir. Iustinianus döneminde ise bu sorumluluk *omnis culpa*'ya dönüşmüştür. Yani ortaklar bütün kusurlarından dolayı sorumlu tutulmuşlardır (45). *Omnis culpa* sorumluluğu, kasıt ve ihmali içine alan bir sorumluluktur. İhmal de, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere iki türdür. Burada en önemli husus, kusurun mevcudiyetinin tesbitidir. Kastın mevcudiyetini tesbit etmek genellikle pek güçlük arzmezken, ihmalin, özellikle de hafif ihmalin mevcudiyetini tesbit etmek pek kolay olmamaktadır. Bu güçlükleri ortadan kaldırabilmek için Roma'lı hukukçular iki kıstas geliştirmişler ve bu kıstaslara göre ihmalin mevcudiyetini tesbit etmeye çalışmışlardır. Bu kıstaslardan bir tanesi *culpa in abstracto* (soyut ölçü), diğeri ise *culpa in concreto* (somut ölçü)'dur.

Dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi halinde soyut ihmal (*culpa in abstracto*)'den söz edilir. Roma'lılar burada dikkatli bir aile babasının (*bonus pater familias*) davranışını ölçü olarak kabul etmişlerdir. Kişinin normal olarak kendisinden beklenen özeni göstermemiş olması halinde ise somut ihmal (*culpa in concreto*) söz konusudur (46). Roma Hukuku'nda, şirket akdinde ortakların sorumluluğu işte bu somut ölçüye göre tesbit edilmiş ve her ortağın kendi işlerinde genellikle göstermesi gereken özeni göstermesi gerektiği hükme bağlanmıştır (47). Bu konuda Iustinianus'un *Institutiones*'inde şöyle denilmektedir:

"Bir ortak diğer ortağına karşı *actio pro socio* ile, *vedia*'da olduğu gibi sadece kastından (*dolus*) nu mesul olur, yoksa *culpa*, yani ihmal ve *teseyyübünden* de mesul olur mu, meselesi ihtilafıdır; *mamafih*, ihmalden de mesul olduğu noktai nazarı hakim olmuştur. Ancak bu kusur, en büyük ihtimam ile ölçülmemelidir; gerçekten, ortağın kendi işleri için gösterdiği ihtimamı müşterek işler için göstermiş olması kâfidir. Zira, az ihtimam gösteren bir ortağı seçen kimse, *kabahati* kendinde bulmalıdır" (48).

Görüldüğü gibi, şirket akdinde ortaklar soyut ölçüye göre değil, daha hafif olan somut ölçüye göre sorumlu tutulmuş ve kişiler ortak seçerken dikkatli davranmaya sevk edilmiştir.

Türk Hukuku'nda da ortaklar şirketin işlerini yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Kusurlu davranışlarıyla diğer ortaklara zarar

(45) Rado, 145.

(46) Karadeniz-Çelebican, 289; Umur, Lügat, 51-52, 59.

(47) Sohm, 550; Umur, Lügat, 59; RAdo, 145.

(48) Iustinianus, Inst. 3, 25, 9).

vermişlerse bu zararları şahsen ödemek zorundadırlar. Ortakların şirket işlerini iyiniyet kurallarına uygun olarak yapmaları, MK. m. 2'nin bir gereğidir. Ayrıca ortaklar basiretli bir tacir gibi hareket etmelidirler (49). Bu durumda Türk Hukuku'nda, Roma Hukuku'nun aksine soyut ölçünün kabul edildiği söylenebilir. Zira, buradaki iyiniyet objektif iyiniyettir ve kişi, kendi işlerinde gösterdiği dikkati değil basiretli bir iş adamının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle mükelleftir.

VII. ŞİRKET AKDİNİN SONA ERMESİ

Roma Hukuku'nda şirket akdi çeşitli şekillerde sona erer. Bu sona erme sebeplerinin ne olduğu Gaius'un ve Iustinianus'un Institutiones'lerinde belirtilmiştir.

İlk olarak, şirket akdi, eğer sözleşme ile bir süre belirtilmişse bu sürenin bitimi ile sona erer (50). Ayrıca şirket belirli bir iş için kurulmuşsa, o işin yapılmasıyla, yani gayenin tahakkuk etmesiyle de şirket akdi sona erer (51). Gayenin tahakkukunun imkânsız hale gelmesi de bir diğer sona erme sebebidir. Bu da şirket mallarının tükenmesiyle olur (52). Bu hususta, Iustinianus'un Institutiones'inde şöyle denilmektedir:

"Malların müsadere edilerek satılması ile şirketin sükût edeceği aşikârdır; tabii bu halde, bir ortağın mallarının tamamının satılması lâzımdır; zira yerine başkası kaim olduğundan bu ortak vefat etmiş addedilir" (53).

Gaius'un Institutiones'inde de, şeriklerden birinin mallarının resmî veya hususî şekilde satılması halinde şirket akdinin sona ereceği belirtilmiştir (54).

Bir başka sona erme sebebi ise tarafların anlaşmasıdır. Eğer taraflar şirketi sona erdirmek hususunda anlaşılır ya da stipulatio yoluyla şirketi başka bir şekle sokmak isterlerse şirket akdi sona erer (55).

Ortaklardan birinin ölümü (56) ya da buna eş sayılan capitis demunitio'ya uğraması (yani aile evlâdı durumuna düşmesi, vatandaşlıktan çıkması ya da köle durumuna düşmesi sonucu hak ehliyetini kaybetmesi) halinde de şirket akdi sona

(49) Tüzün, 13.

(50) Rado, 147; Umur, 372.

(51) Iustinianus, Inst. 3, 25, 6.

(52) Rado, 147.

(53) Iustinianus, Inst. 3, 25, 7.

(54) Gaius, Inst. 3, 154.

(55) Rado, 147.

(56) Sohm, 551.

erer (57). Bu konuda Gaius, ortaklardan bir tanesinin ölümü ile şirket akdinin sona ereceğini, zira şirket kuran kimsenin muayyen bir kişiyi kendisine ortak seçtiğini belirtmektedir. Gaius, *capitis deminutio* ile de şirketin sona ereceğini, çünkü *Ius Civile*'ye göre *capitis deminutio*'nun ölümüne eş olduğunu, fakat diğer ortaklar rıza gösterirlerse eski şirketin sona erip yeni bir şirketin başlayacağını bildirmektedir (58).

Aynı hüküm Iustinianus'un *Institutiones*'inde de yer almaktadır (59).

Ölüme benzer bir hal de ortaklıktan çıkmadır. Eğer ortaklardan biri ortaklıktan çıkar ya da şirkete yeni bir ortak alınrsa şirket akdi sona erer. Çünkü yeni bir ortak, yeni bir ortaklık demektir (60). Fakat *societas omnium bonorum*'da, bütün mallarıyla ortak olan kişilerden bir tanesine bir miras kalır ve bu kişi o terekeden yalnız başına faydalanmak için ortaklıktan çıkarsa, elde ettiği bu kazancı da şirkete dahil etmek zorundadır (61).

Nihayet, Iustinianus'un *Institutiones*'inden anlaşıldığına göre, sona erme sebeplerinden bir tanesi de ortaklardan birinin mallarını terketmesidir. Iustinianus bu konuda şöyle demektedir:

"Keza, ortaklardan birisi, borçlarının çokluğu sebebiyle mallarını terk eder (*cessio bonorum*) ve bunun neticesi, mameleki, ammeye ve fertlere olan borçlarını tatmin etmek için satılırsa, şirket infisah eder. Fakat bu vaziyette, şirketin yeniden kurulması konusunda bir anlaşma yapılırsa, yeni bir ortaklığın başlamış olduğu anlaşılır" (62).

Şirket kurulduktan sonra taraflar birbirlerine karşı olan borçlarını ifa etmek zorundadırlar. Eğer ifa etmezlerse *actio pro socio* davası açılabilir. Ayrıca ortaklar, şirket malları üzerindeki müşterek mülkiyetin tasfiyesini ve malların taksimini isteyebilirler. Bunun için de *actio communi dividundo* denilen müşterek malların taksimi davasının açılması gerekir (63).

Türk Hukuku'nda da adi şirketin sona erme sebepleri BK. 535 ve 536'da düzenlenmiştir. Bu sebepler, Roma Hukuku'ndaki sona erme sebepleriyle büyük bir benzerlik göstermektedir. Roma Hukuku'nda olduğu gibi, Türk Hu-

(57) Jörs/Kunkel/Wenger, 243.

(58) Gaius, *Inst.* 3, 152-153.

(59) Iustinianus, *Inst.* 3, 25, 5.

(60) Sohm, 551.

(61) Gaius, *Inst.* 3, 151; Iustinianus, *Inst.* 3, 25, 4.

(62) Iustinianus, *Inst.* 3, 525, 8.

(63) Rado, 147; Umur, Lügat, 3, 11.

kuku'nda da adi şirketin sona erme sebeplerinden bir tanesi ölümdür. Aynı şekilde, şirket belirli bir süre için kurulmuşsa bu sürenin bitimi, şirketin gayesinin tahakkuk etmesi ya da tahakkukunun imkânsız hale gelmesi veya tarafların anlaşması şirket akdini sona erdirir. Ayrıca, ortaklardan birinin iflâsı ya da hacir altına alınması veya şirketin tasfiyesi halinde kendisine düşecek olan payın alacaklılarca haczettirilmesi halinde de adi şirket sona erer. Roma Hukuku'ndan farklı olarak, feshi ihbar ve mahkeme kararı da adi şirketi sona erdiren sebepler arasında sayılabilir (64).

Şirket sona erdikten sonra tasfiye muamelelerine girişilir. Bu muameleler, BK. m. 537 vd.'na göre yapılır.

(64) Ansay, 18-19.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda şirket akdi tarihin ilk devirlerinden itibaren görülmeye başlanmış ve tarihi seyri içerisinde muazzam bir gelişme göstermiştir. Roma'lılar, hukukun her alanında olduğu gibi bu konuda da çok ilginç düzenlemeler yapmışlar ve ortaya koydukları hükümler günümüz şirketler hukukunu önemli ölçüde etkilemiştir. Bu etkilenme daha çok adi şirkette olmuş, ticaret şirketleri Roma Hukuku'ndan adi şirket kadar etkilenmemiştir.

Her şeyden önce, şirket akdinin unsurları, hem adi şirkette, hem de *societas* da aşağı yukarı aynıdır. Özellikle *affectio societas*'ın günümüzde de mevcudiyetini bir ölçüde devam ettirdiğini söyleyebiliriz.

Şirket akdinin kuruluşu bakımından da adi şirketle *societas* arasında büyük bir benzerlik vardır. Roma Hukuku'nda *societas* rızaf bir akit olduğu için, ortakların irade beyanı akdin teşekkülü için yeterli olmuştur. Adi şirketin kuruluşu için de başka bir işleme gerek yoktur.

Ortaklar, gerek *societas*'da, gerekse adi şirkette kasıt ve ihmallerinden dolayı sorumludurlar. Fakat bu sorumluluk Roma Hukuku'nda daha hafif takdir edilmiştir.

Nihayet, şirket akdinin sona ermesine ilişkin hükümler de hemen hemen birbirinin aynıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- Ansay T. : Bankacılar İçin Şirketler Hukuku Bilgisi, Ankara 1981.
- Bilgişin, Ş. M. A. : Şirketler Hukuku, II. Kitap, İstanbul 1950.
- Di Marzo, S. : (Çev. Ziya Umur) Roma Hukuku, İstanbul 1954.
- Gaius : (Çev. Türkân Rado) Institutiones, Borçlar Kısmı, İstanbul 1968.
- Honig, R. : (Çev. Şemseddin Talip) Roma Hukuku, İstanbul 1938.
- Iustinianus : (Çev. Ziya Umur) Institutiones, İstanbul 1968.
- Jörs, P. / Kunkel, W. / Wengler, L. : Römisches Recht, Dritte Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949.
- Karadeniz - Çelebican, Ö. : Roma Hukuku Ankara 1986.
- Koschaker, P. : (Yeniden Elden Geçiren Kudret Ayiter) Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, Ankara 1977.
- Poroy, R./
- Tekinalp, Ü.
- Çamoğlu, E. : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. bası, İstanbul 1980.
- Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1992.
- Schwarz, A. : (Çev. Türkân Basman) Roma Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul, 1943.
- Sohm, R. : Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts München und Leipzig 1919.
- Tüzün, N. : Şirketler Hukuku Dersleri, Ankara 1977.
- Umur, Z. : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987.
- Umur, Z. : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983 (Umur, Lügat).

TÜKETİCİ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Yard. Doç. Dr. Vahit DOĞAN (*)

I. GENEL OLARAK

Liberal hukuk felsefesinin ideolojik esasını oluşturduğu kabul edilen (1) irade muhtariyeti ya da sözleşme özgürlüğü ilkesi 18.yy'dan itibaren hukuk sistemlerinde benimsenmeye başlamıştır (2) . Bu esasa göre; fertler, sözleşme özgürlüğüne sahip olduklarından dolayı aralarındaki akdi ilişkileri de kendi iradeleri doğrultusunda diledikleri gibi düzenleme serbestisine sahiptirler (3). Ancak, bireylere birbirleriyle olan hukukî ilişkilerini kendi özgür iradeleri doğrultusunda düzenleme serbestisini tanıyan liberal hukuk anlayışı, akdi ilişkinin tarafları arasında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu durumlarda, akdi ilişkiye müdahale etmek gereğini hisseden sosyal devlet anlayışının benimsenmeye başlanması ile birlikte etkisini kaybetmeye başlamıştır. Çünkü, şayet aralarında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizlik bulunan âkit taraflara liberal hukuk felsefesinin anladığı manada bir irade muhtariyeti tanınır ise, akdi ilişkide zayıf olan taraf, güçlü durumda bulunan diğer âkit tarafca dikte ettirilebilecek akid içeriğini, kendisi için daha uygun olan pozitif düzenlemelerden vazgeçerek kabul edebilecektir. Bu durumun zayıf âkit taraf aleyhine sonuçlar doğurabileceği görülmeye başlanmıştır (4). Başka bir ifade ile, maddî hukuk alanında akid serbestisi prensibinin akid adaletini de gerçekleştireceği yönündeki liberal hukuk anlayışının, her zaman için doğru sonucu vermeyebileceği görülmeye başlanmıştır. Bu durumun bir neticesi olarak 19. yy'ın sonlarından itibaren bir kısım akdî ilişkilerde, akdin zayıf tarafını korumak

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) EREN, F.; Borçlar Hukuku, C. I, 4. bası, Ankara 1991, s. 366; KREN, J.; Schutz der schwäheren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss. 88.(1989), s. (48-70) 48.

(2) PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München 1988, s. 66.

(3) EREN, s. 364; PALANDT, s. 66. Aynı esas 1962 Anayasa'sında olduğu gibi 1982 tarihli T.C. Anayasa'sında da kabul edilmiştir. Burada yer alan hükme göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir". (Ay. m.48/1-1).

(4) KREN, s. 48.

gayesi ile, dahilî hukuk düzenlerinde taraflara tanınmakta olan sözleşme özgürlüğü esasına emredici hükümler yolu ile sınırlamalar getirilme gereği hissedilmeye başlamıştır (5). Bu düşüncelerin bir neticesi olarak, âkit taraflar arasında eşit olmayan bir güç dengesinin bulunması durumunda, devletler, zayıf âkit tarafın korunmasına yönelik önlemlerle sık sık akdî ilişkiye, dolayısıyla da sözleşme özgürlüğü esasına müdahale etmeye başlamışlardır (6). Günümüzde karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, esas itibarıyla zayıf âkit tarafın korunması, başta; iş, kira, küçük kredi sözleşmeleri ve tüketici akitleri olmak üzere değişik akdi ilişkiler bakımından uygulama alanı bulmuştur (7).

Tüketici akitleri alanında; kanun koyucular menfaatlerini savunma bakımından aralarında dengesizlik bulunduğunu kabul ettikleri taraflardan zayıf olan "alıcı-tüketici"yi, kuvvetli olan satıcı karşısında korumak için mevcut hukuk kurallarında değişiklikler yaparak zayıf taraf lehine hükümler kabul etme gereğini hissetmişlerdir (8). Türk hukukunda tüketicinin korunması fikri, 1982 Anayasası ile birlikte pozitif düzenlemelere konu olmuştur. 1982 Tarihli Anayasa'da yer alan hükme göre; "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" (Ay. m.172). Anayasa'da tüketicilerin korunması ile ilgili olarak yer alan bu hükme rağmen, uzun süre tüketicinin korunması için gerekli özel düzenleme yapılamamış ve nihayet 23.2.1995 tarihli "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" kabul edilmiştir. Tüketicinin korunması düşüncesi, Avrupa Topluluğunda da gündeme gelmiş ve Topluluğun tek pazar uygulamasına geçmesinden sonra 5.4. 1993 tarihinde, tüketicilerin Topluluk üyesi bütün ülkelerde benzer korumadan yararlanmasını ve Topluluk üyesi ülkelerde rekabetin bozulmasını önlemek düşüncesi ile 93/13 sayılı direktif karar (9).

(5) KELLER, M.; Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. (175-188) 175 vd.; JUNKER, A.; Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen -zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax. 13 (1993), s. (1-10) 2; KREN, 49; EREN, s. 367 vd.

(6) von HOFFMANN, B.; Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ. 38.(1974), s.(396-419) 398; Doktrin de bir kısım yazarlar bu tür akitlere sosyal içerikli akitler de demektedirler. Bkz. KELLER, s. 177.

(7) KELLER, s. 175 vd.; EREN, s. 376 vd.; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3.

(8) POROY, R.; Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, ARSLANLI Armağanı, İstanbul 1978, s.(513-550) 517. Tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler bir kısım hukuk sistemlerinde ayrı kanunlar halinde yapılmışken (örn. Alman hukuku), diğer bir kısmında muhtelif kanunlarda özel hükümlere yer verilmiştir (örn. Avusturya hukuku). Türk hukukunda TMK. m.182 vd.'da düzenlenmiş olan satıma ilişkin hükümler, akdın taraflarından birinin tüketici olması durumunda uygulanmayacak onların yerine TKHK.'da yer alan özel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

(9) AET'ni kuran Roma anlaşmasının 100a. maddesine istinaden topluluk muhtelif tarihlerde konuya ilişkin direktifler yayınlamıştır. 5.4.1993 tarihinde de 93/13 sayılı ile tüketicinin korunmasına ilişkin bir direktif yayınlamıştır. Metin için bkz. NJW 1993, s.1838-1841.

kabul edilmiştir (10).

Maddi hukuk alanındaki bu gelişmelere rağmen, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi, MÖH alanında 1960'lı yıllardan beri teorik alanda tartışılmaya başlanmış olmasına rağmen pozitif düzenlemeler çok yenidir. Pozitif düzenlemelere baktığımızda; taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu kabul edilen akitlerden yalnızca "iş" ve "tüketici" akitleri ile ilgili özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Biz bu çalışmada akdi ilişkinin taraflarından birisinin zayıf durumda olduğu kabul edilen akitlerden yalnızca tüketici akitlerini incelemeye çalışacağız.

II. Kavram

Milletlerarası unsur havi tüketici akitlerine uygulanacak hukuku tespit etmeden önce, kimlerin tüketici ve hangi tür akitlerin tüketici akitleri olarak kabul edileceğinin incelenmesinde fayda vardır. Çünkü, ileride detaylı olarak görüleceği gibi, tüketici akitlerine uygulanacak hukuk, âkit tarafların özellikleri dolayısıyla, diğer akdi borç ilişkilerinden farklı esaslara göre tespit edilmektedir.

A) Tüketici

Tüketici kavramı, değişik bilim dallarında farklı bakış açılarından hareket edilerek değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Ancak, her bilim dalında yer alan tanımları incelemek bu çalışmanın kapsamını aşar nitelikte olduğundan, biz burada yalnızca hukukî açıdan tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiğini incelemeye çalışacağız.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tek bir tüketici kavramından değil, muhtelif pozitif düzenlemelerde, bu düzenlemelerin kendi amaçları doğrultusunda, değişik kapsamlarda tüketici kavramından bahsedildiğini görmekteyiz (11).

Doktrinde, kimlerin tüketici olduğunu ve dolayısıyla kimlerin tüketiciyi

(10) Direktifler yönelmiş oldukları tüm üye ülkeleri bağlar. Millî organlar direktifin amacına ulaşması için gereken şekil ve araçları seçme yetkisine sahiptirler(AET. m.189; AKÇT. m.14; AAET. m.161). Başka bir ifade ile, üye ülkeler direktifleri yürürlüğe koyarlarken iç hukukları alanında diledikleri bir düzenleme şeklini kabul edebilirler. Ancak bu yetki yürütmeyi emreden bir bağlı yetki çerçevesinde kullanılabilir. Direktiflerin yürürlüğe konulması Komisyon tarafından denetlenir. Direktif hükümlerinin uygulanmasını sağlamada devletle verilen süre içinde gerekli hukukî düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Geniş bilgi için bkz. GÜNÜĞÜR, H.; Avrupa Topluluğu Hukuku, 2. bası, Ankara 1993, s. 61 vd.

(11) Alman hukukunda, § 13/II Nr. 1 AGBG.; § 6a-6b UWG.; § 8 AbzG.; Özel hukuk niteliğindeki pozitif düzenlemelerde "nihaî tüketici" (Letztverbraucher) kavramından bahsedilmektedir (§ 6a-6b UWG.).

koruyucu nitelikteki hükümlerden yararlanabileceklerini tespit edebilmek için şahsi, fonksiyonel ve nesnel olmak üzere üç değişik kriterden bahsedilmektedir.

Şahsi kriter "sade tüketici"yi (Nurverbraucher) esas almaktadır. Sade tüketici; hiç bir şekilde aldığı şeyi mesleği ile ilgili hukuki veya iktisadi ilişkisine katmayan ve bundan dolayı yalnızca kendi ihtiyacı için alış-veriş yapan, emekli, öğrenci ve ev kadını gibi kişilerdir (12).

Fonksiyonel kriter ise, ilgili muamele ile takip edilen amacı esas almaktadır.

Nesnel kritere göre ise, tüketici muameleleri, muamelenin büyüklüğü, kapsamı ya da türü esas alınarak sınırlandırılmaktadır. Ancak, muamelenin büyüklüğü, kapsamı veya türü gibi kriterlerden hareketle yapılacak bir sınırlama kural olarak tek başına yeterli olamaz, olsa olsa şahsi ve fonksiyonel kriterler ile birlikte muamelenin tüketici muamelesi olup olmadığının tespiti bakımından bir değer taşıyabilir (13).

Karşılaştırmalı hukukta tüketici akitleri ile ilgili olarak yapılan pozitif düzenlemelerde tüketici, mesleki veya sanatsal faaliyetine dahil edilemeyen bir amaç için akit yapan gerçek kişi (RL. m.2/b) olarak ifade edilmiştir. Benzer bir tanım 27.9.1968 tarihli Medeni ve Ticari Meselelere İlişkin Yetki ve Kararların Tenfizi Hakkında AET sözleşmesi (EuGVÜ.) m.13/1'de de yer almıştır (14). Ancak bu sözleşmede yer alan tanımda, gerçek kişi-tüzel kişi ayırımına yer verilmemiştir.

Türk hukukunda ise tüketici, "bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihaî olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tarif edilmiştir (TKHK. m.3). Kanunda bahsedilen "özel amaç" kavramından maksat nedir? Doktrinde malın özel amaçla kullanılması veya tüketilmesinden, malın aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması gibi sonuçları doğurabilecek bir kullanma veya yararlanma amacıyla satın alınması anlaşılmaktadır (15). Kanunda bahsedilen "özel amaç"dan maksat, kişinin şahsi veya ailevi ihtiyaçları için bir muamele yapması olsa gerek. Şayet muamele şahsi veya ailevi ihtiyaçları dışında başka bir amaç için örneğin, mesleki veya sanatsal faaliyetine hizmet etmek

(12) Tüketicinin korunması ile ilgili Alman kanunlarında şahsi kriter esas alınmaktadır.

(13) Geniş bilgi için bkz. KROEGER, H. E.; Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt a.M. 1984, s. 13 vd. Günümüz Alman hukukunda nesnel kriterden hareketle, yani muamelenin asgari ve azami miktar esas alınarak yapılmış bir sınırlama yoktur.

(14) Sözleşmenin Metni için bkz. JAYME, E./HAUSMANN, R.; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6.Aufl., München 1992, s. 216 vd.

(15) ZEVLİLER, A.; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 24.

amacı ile yapılmış ise, muameleyi yapan tarafın şahsına bakmaya gerek kalmadan bu muamelenin tüketici muamelesi olmadığını söylemek doğru olacaktır. Dolayısıyla TKHK.'da kullanılan kavramlar ile karşılaştırmalı hukukta tüketicinin korunması ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerde kullanılan kavramlar farklı olmasına rağmen aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Başka bir ifade ile, bir kişinin TKHK.'da yer alan koruma hükümlerinden yararlanabilmesi için, muameleyi mesleki veya sanatsal faaliyeti dışında bir amaca hizmet etmek için yapmış olması gerekmektedir. Şayet, âkit taraf akdi kısmen şahsi veya ailevi ihtiyaçları için, kısmende mesleki veya sanatsal faaliyeti için yapmış ise bu durumda ne olacaktır? Bir görüşe göre, işletme veya mesleki faaliyet için yapılan işlemler muhasebe tekniği açısından bir bütün olarak kayda geçeceğinden ve bölünme kabul etmeyeceğinden yapılan muameleyi tüketici muamelesi olarak kabul etmek uygun olmayacaktır (16). Diğer bir görüşe göre ise, bu gibi karma amaçlı muamelelerde hangi amacın hakim olduğuna bakılarak karar verilecektir. Akdin kurulmasında hangi amacın hakim olduğuna âkit tarafın kendi şahsi düşüncesi değil, bilakis ilgili muamelenin şartlarının nazara alınması ile objektif olarak karar verilecektir (17).

Mahkeme kararlarında ise, Türk hukukunda TKHK.'un yeni bir kanun olması sebebi ile henüz konuya ilişkin mahkeme kararlarına rastlanmamıştır. Karşılaştırmalı hukuk alanında tüketici akitleri ile ilgili mahkeme kararlarında tüketici "satın aldığı malı tekrar satma iradesi olmaksızın alan her müşteri" (18) olarak anlaşılmaktadır.

Günümüzde tartışmalara sebep olan diğer bir husus da, tüzel kişilerin de tüketici kavramı içinde kabul edilerek koruma kapsamına alınıp alınmayacaklarıdır. Gerçek kişiler veya gerçek kişilerin oluşturacakları birliklerin korunma ihtiyacına sahip oldukları kabul edilmesine rağmen, karşılaştırmalı hukukta ve AET alanında kabul edilmiş olan direktif ilkelerde tüzel kişiler koruma kapsamı dışında tutulmuştur (19). Türk hukukunda ise, kanun gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini kabul etmiştir (TKHK. m.3/f). Buna göre, hem gerçek kişiler ve hem de tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilecek ve kanunda yer alan özel koruma tedbirlerinden yararlanabilecektir (20). Ancak, kanunun korumasından yararlanabilmek için, tüzel kişinin hukuki mu-

(16) ZEVKLİLER, Tüketici, s. 25 vd.

(17) KROEGER, s. 60; KELLER, M./KREN KOSTKIEWICZ, J.; Schweizerisches internatinales Privatrecht Kommentar, Zürich 1993, s. 997.

(18) KROEGER, s. 13.

(19) KROEGER, s. 16; 5.4.1993 tarihinde 93/13 sayılı Direktif lke m. 2/b.

(20) ZEVKLİLER, Tüketici, s. 22 vd.

ameleyi hangi şartlar altında ve hangi saikle yaptığını tespit etmek gerekmektedir. Tüzel kişi akdi ilişki ile iki farklı amaç güdebilir: Akdi ilişkinin konusu olan "şey" ya ilgili tüzel kişinin amacına hizmet etmek ya da mutad ihtiyaçlarını karşılamak için satın alınmış olabilir. İlgili tüzel kişinin mutad ihtiyaçlarını karşılamak için yapılmış ise, bu muameleyi tüketici muamelesi kabul ederek TKHK'a, aksi halde normal bir muamele olarak kabul edip BK'da satıma ilişkin hükümlere tabi tutmak gerekir.

B) Tüketici Akdi

Hangi tür akdi ilişkilerin tüketici akdi olarak kabul edileceği hususunda biri objektif ve diğeri subjektif olmak üzere iki değişik kriterden hareket edilmektedir. Subjektif kriter, tüketiciyi tanımlayarak onun taraf olduğu akitleri tüketici akdi olarak kabul etmekte; objektif kriter ise, tüketici akdi kavramından hareket etmekte ve bir akdin hangi şartlar altında tüketici akdi kabul edileceğini tespit etmektedir (21). Tüketicinin korunması ile ilgili olarak yapılan pozitif düzenlemelere baktığımızda, tüketici akitlerinin tespitinde subjektif esastan hareket edilmiş ve taraflarından birisini tüketicinin oluşturduğu bütün akitler tüketici akdi olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda da hangi tür hukuki muamelelerin tüketici muameleleri olarak kabul edileceği hususunda kanunda yer alan düzenleme aynı esastan hareket etmiştir. Bu düzenlemeye göre, "mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem" tüketici muamelesi olarak kabul edilmiştir (TKHK.m.2). Kanunda yer alan bu düzenlemeden hareket ettiğimizde tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu her türlü hukukî işlemin tüketici muamemesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak, yine TKHK. m.3/1-f'de tüketici tanımlanırken "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak..." ibaresine yer verilmiştir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi sonucunda tüketici akdi, mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu satım muamelesidir denilebilir.

III. Karşılaştırmalı Hukukta Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Milletlerarası özel hukuk alanında tüketici akitlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile ilgili incelemeye başlamadan önce, genel olarak tüketici akitlerinin de içinde yer aldığı milletlerarası akdî ilişkilerde bağlama kurallarının tespitinde kabul edilmekte olan esasları ana hatları ile incelemekte fayda görmekteyiz.

(21) POROY, s. 521 vd.

A) Genel Olarak Milletlerarası Akitlerde Bağlama

Günümüzde hemen bütün hukuk sistemlerinde milletlerarası unsur ihtiva eden akdî borç ilişkileri alanında, kural olarak, taraflara ilişkilerine uygulanmasını istedikleri hukuku seçebilmeleri hususunda bir imkân, irade muh-tariyeti imkânı, tanınmaktadır (22). Buna göre, âkit taraflar akdî ilişkilerine uygulanmasını istedikleri hukuku açık veya zımnî iradeleri ile kendileri belirleyebilirler (23). Daha açık bir ifade ile, günümüzde milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisi, kanunlar ihtilâfı alanında atuf serbestisi (kollisionsrechtliche Verweisung) olarak kabul edilmektedir (24). Buna göre, âkit taraflar yalnız iç hukuk alanında kendilerine düzenleme serbestisinin tanıdığı sınırlar içinde değil, aynı zamanda da taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı objektif bağlama kurallarına göre tatbik edilecek hukukun emredici nitelikteki maddî hukuk normlarını da içine alacak kapsamda kabul edilmekte ve bu norm-ların yerine seçilen hukukun emredici normları geçmektedir (25).

Âkit tarafların uygulanacak hukuku kendi serbest iradeleri ile tespit et-medikleri veya yapmış oldukları hukuk seçiminin geçersiz olduğu durumlarda, kanunlarda önceden objektif olarak tespit edilmiş olan bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk, bu akdî ilişkide yetkili hukuk, akit statüsü olacaktır. Objektif bağlama kurallarının tespitine ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta doktrinde yer alan görüşler, karakteristik edimin ifa yeri hukuku veya akdın sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukundan hareket edilmesi yönündedir (26). Pozitif dü-zenlemelerde ise, genel olarak akdî ilişkiler alanında ortalama bir yol be-nimsenerek, akdın başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunmaması halinde

(22) MÖHUK. m.24/1; Art.27/1 EGBGB.(Alm.); Art.35/1 IPRG.(Avus.); Art.116/1 IPRG.(İsv.); Art.5/1 EVÜ.

(23) Geniş bilgi için bkz. KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1986, s. 224 vd.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 915 vd.; KELLER, M./SIERH, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 380 vd.; LORENZ, E.; Die Rectswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 32. (1987), s. (569-584) 569 vd.; MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 1525 vd.; DOĞAN, V.; Avrupa Birliği Bünyesinde Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil CİN'e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. (463-494) 466 vd.; DOĞAN, V.; İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 17 vd.

(24) MARTINY, Mün.Komm., s. 1519 vd.; NEUHAUS, P. H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, s. 251 vd.

(25) BASEDOW, J.; Die Neuregelung des internationalen Privat- und Prozeßrechts, NJW. 39. (1986), s.(1271-1279) 1277; FIRSCHING, K.; Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax. 1.(1981), s. (37-43) 39; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3; NEUHAUS, s. 251 vd.

(26) KROPHOLLER, J.; Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vert-ragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.(634-660) 636 vd.

(27), ifa yeri hukukunun olaya objektif bağlama kuralı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir (28).

B) Tüketici Akitlerinde Bağlama

Son zamanlarda yapılan milletlerarası özel hukuk ile ilgili pozitif düzenlemelerde (29), tüketici akitleri akdi borç ilişkileri ana başlığı altında düzenlenmesine rağmen, bazı bakımlardan diğer borç akitlerinden ayrılan özel hükümlere konu olmuştur. Ancak, bu özel hükümlerin hangi tür akdi ilişkilere uygulanabileceği bir kısım pozitif düzenlemelerde kapsamlı olarak tespit edilmişken, diğer bir kısmında hiç bir açıklama yapılmamıştır. Bu düzenlemelere göre bir akdin tüketici akdi kabul edilerek kanunlarda yer alan özel düzenlemelerin kapsamına girebilmesi için, dahili hukuklarda yer alan pozitif düzenlemelere paralel olarak, âkit tarafların, akdi, mesleki veya sanatsal faaliyetleri dışında bir amaç için yapmış olmaları aranmıştır (EVÜ. m.5/1; EGBGB. m.29/1; IPRG. m.120/1). Milletlerarası özel hukuk ile ilgili düzenlemelerde de bir akdin tüketici akdi kabul edilerek kanunlarda yer alan özel bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilmesinde, maddi hukuklarda olduğu gibi, objektif esaslardan hareket edilmiştir. Başka bir deyişle, bir akdin tüketici akdi olarak kabul edilerek kanunda yer alan özel bağlama kurallarına tabi tutulabilmesi için zayıf âkit tarafın kendi sübjektif iradesi nazara alınmamış, bilakis kanunda tespit edilmiş olan objektif esaslar nazara alınmıştır (30).

Bu başlık altında tüketici akitleri bakımından, genel olarak akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilmekte olan bağlama kurallarından ayrılan hususları incelemeye çalışacağız.

1. Sübjektif Bağlama (İrade Muhtariyeti)

Taraflardan birinin zayıf durumda olduğu akdi borç ilişkilerinde, âkit ta-

(27) Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası, Türk hukukunun aksine, karşılaştırmalı hukukta ilk derece objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir (örn. Art. 117/1 IPRG.; Art.28/1 EGBGB.; Art.4/1 EVÜ.) Buna göre, kanunlarda akdi ilişkiye uygulanmak üzere özel olarak düzenlenmiş objektif bağlama kuralları bulunsa dahi, akdi ilişki başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, önceden özel olarak düzenlenmiş olan objektif bağlama kuralları değil, bu sıkı ilişkiyi gösteren yer hukuku akit statüsü olarak kabul edilecek ve olaya uygulanacaktır. Oysa Türk hukukunda kanun koyucunun tespit etmiş olduğu objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun tespit edilememesi halinde sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK. m.24/2 son cümle). Farklı fikir için bkz. KEGEL, s. 425; Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdi, s. 44 vd.

(28) Bkz. MÖHUK. m.24/2; Art.28 vd. EGBGB.(Alm.); Art.117 vd. IPRG.(İsv.); Art.36 vd. IPRG.(Avus.); Art.6 vd. EVÜ.

(29) Art.29 EGBGB.; Art.120 IPRG(İsv.); Art.41 IPRG(Avus.); Art.5 EVÜ.

(30) KROPHOLLER, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994, s. 415.

raflara mutlak manada bir irade muhtariyetinin tanınması halinde bu imkanın kötüye kullanılabilmesi ihtimali ortaya çıkabilecektir. Bu gibi durumlarda akdi ilişkide güçlü olan tarafa irade muhtariyeti ilkesini kendi lehine kullanarak menfaatlerine uygun bir hukukun seçilmesini sağlayabilme imkânı tanınmış olacaktır. Âkit taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu iş, kira, küçük kredi sözleşmeleri ve tüketici akitleri gibi akdi ilişkilerde akdin şartları ve yetkili hukukun tespiti taraflar arasında müzakere edilmek yerine akitte güçlü durumda bulunan kiraya veren, işveren, kredi veren veya satıcı tarafından tek taraflı olarak tespit edilebilmektedir. Bu gibi durumlarda da milletlerarası özel hukuk manasındaki irade muhtariyeti ilkesi kendi manasını kaybedecektir. Bu sebeple de bu tür akdi ilişkiler bakımından geleneksel olarak akdi ilişkilerde yetkili hukukun tespiti hususunda taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesine zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile müdahale etmek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır (31). Karşılaştırmalı hukuk doktrininde ve konu ile ilgili olarak özel hükme yer veren bir kısım pozitif düzenlemelerde irade muhtariyeti ilkesine değişik kapsamlarda sınırlamalar getirilmesi benimsenmektedir. İrade muhtariyeti ilkesine getirilmekte olan sınırlamaları, irade muhtariyetinin yasaklanması ve irade muhtariyetinin sınırlanması olmak üzere iki ayrı başlık altında incelemek mümkündür.

a) İrade Muhtariyetinin Yasaklanması

Tüketici akitleri gibi, taraflarından birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkilerde, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile hukuk seçiminin yasaklanması hususunda iki değişik görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkiler alanında sabit bir bağlama kuralı oluşturmaksızın, akdi ilişki ile bağlantılı hukuk düzenlerinden hangisi akdi ilişkinin zayıf tarafını daha iyi koruyor ise, o hukuk düzeni olaya uygulanmalıdır (32). Çünkü, genellikle bir devletin sosyo-politik adalet idealini yansıtan sosyal akitler hukukunun içeriğinin vurgulanması, milletlerarası özel hukuk menfaatlerine hizmet edecek bir hukukun olaya uygulanması ile aynı neticeyi vermeyebilir. Bu sebeple de, uygulanması söz konusu olan ilgili hukuk düzenlerinden en iyi sonuca götürecek olan hukuk maddi ilişkiye tatbik edilmelidir (33). Bu görüşde, zayıf âkit taraf maddî hukuk itibarıyla korunmasına rağmen milletlerarası özel hukuk alanında genel olarak kabul gör-

(31) KROPHOLLER, IPR., s. 264; von HOFFMANN, s. 399; JUNKER, Die freie Rechtswahl, s. 3.

(32) KELLER, s. 178.

(33) ZWEIGERT, K.; Zur Artut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ. 37. (1973), s. (435-452) 447.

mekte olan hukukî güvenlik ve öngörülebilirlik esasları nazara alınmadığı gerekçesi ile doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve reddedilmektedir (34).

Diğer bir kısım yazarlar ise, tüketici akitleri gibi taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akitler bakımından, taraflara hukuk seçiminin tanınmasından ziyade, sabit kanunlar ihtilâfî kuralları ile objektif olarak yetkili hukukun tespit edilmesinden yanadırlar (35). Bunlara göre, herşeyden önce, sosyal içerikli akitlerin kendi amaçlarından dolayı bu akitlerle ilgili pozitif düzenlemeler belirli bir alanda uygulanmak üzere çıkarılmışlardır. Bu düşünce, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından kanunlar ihtilâfî normuna ulaşmak için bir çıkış noktası olmalıdır. Buna göre kanunun amacı ve hukukun uygulanmasındaki menfaat olaydan olaya farklı değil, bilakis tipleştirilmiş maddi ilişkilere göre tetkik edilmelidir. Bu sebeple sosyal içerikli akitler alanında kanunlar ihtilâfî kuralları, maddi hukuk normlarının yer itibarıyla uygulanma talepleri ile bağdaştırılmalıdır. Kanunlar ihtilâfî normları ile maddi hukuk normlarının amacının işaret ettiği uygulama alanı birbiriyle uyuşmazsa, güçlü hukukun uygulanma menfaatinden dolayı en önemli koruma normları kamu düzeni kavramı altında uygulama talep ettiği kabul edilmelidir (36). Bu ise, aynı akdi ilişki için iki ayrı hukukun uygulanmasındaki arzu edilmeyen sonuca götürülebilir (37). Bu görüşe göre, taraflardan birisinin korunmaya ihtiyaç hissettiği akitlerin sosyal içeriği iki şekilde nazara alınabilir: Bir defa, akdin sosyal içeriği, lex fori'nin maddî hukukunun şahıs itibarıyla veya yer itibarıyla uygulama alanını belirleme işlevi olan tek taraflı kanunlar ihtilâfî normlarının oluşturulmasında nazara alınabilir. Kanun koyucu bu tür normlarla kendi ülkesinde ikamet eden veya mutad meskene sahip olan kişileri korumayı amaçlamaktadır (38). Bununla beraber, başka devletlerin hukuk düzenlerine ve onların egemenliğine de gereken özen gösterilmelidir. Diğer bütün olaylarda yalnızca kamu düzeni ön şartı ile lex fori uygulanabilecektir. Böyle bir çözüm tarzı ise, lex fori'nin uygulanmasının gündeme gelmediği durumlarda hiçbir sonuç doğurmayacaktır (39). Ancak, bu çözüm tarzı bakımından ortaya çıkmakta olan bu boşluk tek taraflı kanunlar ihtilâfî kurallarının iki taraflı kanunlar ihtilâfî kuralları haline getirilmesi ile ortadan kalabilecektir.

(34) KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System s. 657; KREN, s. 50.

(35) KELLER, s. 179 vd.

(36) Bağlama kurallarının tespitinde maddi hukuk alanındaki menfaatlerin nazara alınmasının doğru olmayacağı, bilakis devletler özel hukuku alanındaki menfaatlerin nazara alınmasının uygun olacağı da savunulmaktadır. Geniş bilgi için bkz. KEGEL, s. 53 vd.

(37) KELLER, s. 180.

(38) KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 658.

(39) KREN, s. 50 vd.

düzenlemelerden bir kısmında, tüketici akitleri alanında esas itibarıyla, taraflara irade muhtariyeti tanınmayarak sabit bağlama kuralları kabul edilmiştir. Örneğin, İsviçre milletlerarası özel hukuk mevzuatında tüketici akitlerinde, kural olarak taraflara irade muhtariyeti tanınmamıştır (IPRG. m.120/2). Ancak bu düzenleme, taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bütün akdi ilişkiler bakımından değil, kanunda sayılan şartları haiz akdi ilişkiler bakımından geçerlidir. Başka bir deyişle, bu hükümde yer alan hukuk seçimi yasağının bir akdi ilişki bakımından geçerli olabilmesi için:

-İcap sahibi, siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette kabul etmiş ise,

-tüketici mutad meskeninin bulunduğu devlette akdin yapımına bir icap veya bir reklam sebep olmuş ise ve tüketici bu devlette akdin in'ikadına ilişkin hukuki işlemleri yapmış ise, veya

-icap sahibi, tüketicie yabancı ülkeye gitmesini ve siparişini orada vermesini istemiş ise,

âkit taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamıştır. Tüketicinin şahsi veya ailevi ihtiyacı için olan ve tüketicinin mesleki veya sanatsal faaliyeti ile ilgili olmayan bir akdi ilişki kanunda sayılan bu şartları taşıyor ise, bu durumda âkit taraflara irade muhtariyeti, hukuk seçimi imkanı tanınmaktadır (40). Kanunda sayılan bu şartları taşımayan bir akdi ilişkide, âkit taraflar diledikleri bir hukuku akdi ilişkileri bakımından kabili tatbik hukuk olarak seçebilme imkanına sahiptirler (41). Ancak, kanunda yer alan ve âkit taraflara irade muhtariyeti tanımayan bu düzenleme tarzı doktrinde şiddetle eleştirilmektedir (42).

b) İrade Muhtariyetinin Sınırlanması

Genel olarak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, zayıf âkit tarafın korunması düşüncesi ile taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetinin sınırlandırılması esasının kabul edildiğini görmekteyiz. Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu akdi ilişkilerde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi esasına iki değişik sınırlama benimsenmektedir; seçilebilecek hukuk düzenlerinin sınırlandırılması (43) ve âkit tarafların seçmiş oldukları hukuk ile objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecek olan hukuk arasında yapılacak

(40) KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1000.

(41) KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1000.

(42) HEINI, A.; Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich, s. (67-77) 75 vd.

(43) Bkz. Art.121 IPRG.(İsv.).

karşılaştırmada, seçilen hukukun zayıf âkit tarafı daha iyi koruduğunun anlaşılması durumunda, hukuk seçiminin geçerliliğinin aksi takdirde seçilen hukukun geçersiz olacağına kabul edilmesi (yararlılık ilkesi) bakımından hukuk seçiminin sınırlandırılması.

aa) Seçilebilecek Hukuk Düzenleri Bakımından Sınırlama

Bu sınırlama şekline göre âkit taraflar, yalnızca kanun koyucu tarafından akdî ilişki ile irtibatlı görülmüş olan hukuk düzenlerinden birisini seçebilirler (44). Bu esasa göre, hukuk seçiminin bu şekilde sınırlandırılmasında, akdî ilişki kanun koyucu tarafından öngörülmüş olan hukuk düzenlerinden başka bir hukuk düzeni ile daha sıkı irtibat halinde bulunsa ve hattâ bu hukuk düzeninde zayıf âkit tarafı koruma bakımından daha elverişli hükümlere yer verilmiş olsa dahi, âkit taraflar bir başka hukuk düzenini akdî ilişkilerine uygulanmak üzere seçemezler (45). Başka bir ifade ile bu sınırlama şeklinde, seçilebilecek hukuk düzenleri kanun koyucu tarafından önceden tespit edilmiş ve sabitleştirilmiştir.

bb) Yararlılık İlkesi Bakımından Sınırlama

Tüketici akitleri bakımından âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi ile diğer akdî ilişkilerde taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi arasında esas itibarıyla fark yoktur. Âkit taraflar açık veya zımnî iradeleri ile akdî ilişki ile bağlantılı bir ülke hukukunu veya tarafsız bir ülke hukukunu akitleri için yetkili hukuk olarak kararlaştırabilirler (46). Ancak, tüketici akitlerinde taraflara tanınmakta olan hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, seçilen hukukun tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerinin objektif akit statüsünde yer alan aynı nitelikteki hükümlerden daha iyi koruma sağlıyor olması ön şartı aranmaktadır (47). Bu durum karşılaştırmalı hukukta yararlılık ilkesi (Günstigkeitsprinzip) olarak ifade edilmektedir. Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu diğer bir

(44) Seçilebilecek hukuk düzenlerinin bu şekilde sınırlandırılması esasının karşılaştırmalı hukukta yer alan bir kısım pozitif düzenlemelerde de benimsendiği görülmektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda "Taraflar iş akdini işçinin mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna veya işverenin iş merkezinin (Niederlassung), ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabi tutabilirler" (Art.121/3 IPRG.).

(45) VISCHER, F.; Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BLM. 1989, s. (183-224) 201; SCHWANDER, I.; Internationales Vertragsschuldrecht-direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, Festschrift für Rodolf MOSER, Zürich 1987, s. (79-99) 93; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, s. 1011. AUBERT, G.; Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht der Schweiz, SJK. 1984, Nr.843, s. 8 vd.

(46) MARTINY, Mün.Komm., s. 1675.

(47) FIRSCHING, K./von HOFFMANN,B.; Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995, s. 373 vd.; MARTINY, Mün.Komm., s. 1675.

kısım akdi ilişkilerde de uygulama alanına sahip olan (48) yararlılık ilkesine göre irade muhtariyetinin sınırlandırılmasında (49), âkit tarafların aralarındaki akdî ilişkiye uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukuk düzeni ile şayet taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı akdî ilişkiye objektif olarak uygulanması gereken hukuk düzeninin ilişkinin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki hükümlerinin karşılaştırılması yapılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde tarafların akdî ilişkilerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri, objektif akit statüsünde yer alan aynı nitelikteki hükümlerden daha iyi koruma sağlıyor ise, hukuk seçimi geçerli olacak ve fakat objektif akit statüsünün zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri daha iyi koruma sağlıyor ise, bu durumda yapılan hukuk seçimi zayıf âkit tarafın aleyhine olan bu hükümler bakımından geçersiz kabul edilecektir (50). Başka bir ifade ile, yararlılık karşılaştırması neticesinde, seçilen hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri objektif akit statüsü olması gereken hukukun aynı nitelikteki hükümlerinden daha az koruma sağlıyorsa, bu hükümler bakımından hukuk seçimi geçersiz kabul edilecek, diğer hususlar bakımından hukuk seçimi geçerliliğini muhafaza edecektir. Tüketiciyi koruyucu normlardan maksat, tüketiciyi korumak isteyen emredici hükümlerdir (51). Bu bağlamda emredici hükümlerin açık olarak yalnızca tüketicinin lehine olup olmadığını veya bu hükümlerin diğer akit taraf için de geçerli olup olmadığını bir önemi yoktur. Bununla beraber burada yapılacak karşılaştırma iktisadi, sosyal veya dış politik amaçlara hizmet eden hükümleri kapsamaz (52).

2. Objektif Bağlama

Genel olarak milletlerarası unsurlu akdi borç ilişkilerinde, taraflar aralarındaki ilişkiye tatbik edilecek hukuka dair bir sözleşme yapmamışlarsa veya

(48) Bkz. Art. 29-30 EGBGB.; Art. 5-6 EVÜ.; Art. 44 IPRG.(Avus.)

(49) Yararlılık ilkesi esas itibarıyla, dahili iş hukuku alanında, bireysel iş akitlerinde toplu sözleşmelere aykırı hükümlerin bulunması durumunda nazara alınmaktadır. Bu esas Alman hukukunda şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu hükme göre, bireysel iş akitlerinde yer alan toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler, toplu iş sözleşmesinde müsaade edildiği kadar veya işçi lehine hükümlerin değişimini ihtiva ettiği kadar geçerlidir"(Art. 4/3 TVG). Türk hukukunda ise şu şekilde ifade edilmektedir: "Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde, hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir"(TSGLK.m.6/2). Geniş bilgi için bkz. SOYER, P. M.; Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991, s. 1 vd.

(50) GAMILLSCHEG, F.; Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14.(1983), s. (307-373) 335 vd.; JUNKER, A.; Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 276.

(51) Örneğin, TKHK. m.4/2'de yer alan 15 günlük ihbar süresinin altında bir ihbar süresi kabul eden ülke hukuku taraflarca akit statüsü olarak seçilmiş ise, bu hüküm bakımından seçilen hukuk uygulanmayacaktır.

(52) İktisadi, sosyal veya dış politik amaçlara hizmet eden hükümler doğrudan uygulanan normların uygulanması aşamasında nazara alınacaktır. Bkz. Değerlendirme.

yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesi herhangi bir sebepten dolayı geçersiz ise, bu durumda kanunlarda da açık olarak kabul edildiği gibi, borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Günümüzde, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, genel olarak objektif akit statüsünün tespit edilmesinde "sıkı ilişki" (engste Verbindung) veya "karakteristik edim" kavramlarının nazara alındığını görmekteyiz (53). "Sıkı ilişki" veya "karakteristik edim" kavramlarından hareket edilerek karşılaştırmalı hukukta bir kısım akdi ilişkiler bakımından kanunlarda objektif bağlama kuralları açık olarak tespit edilmiştir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tüketici akitleri bakımından da aynı esas benimsenmiş ve tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeyle akdi ilişkinin sıkı irtibatının bulunduğu esası kabul edilmiştir. Ancak, mutad mesken hukukuna bağlama esası, tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu bütün akdi ilişkiler bakımından değil, kanunlarda tespit edilmiş şartları haiz olan akdi ilişkiler bakımından uygulama alanına sahip kılınmıştır. Kanunlarda aranan şartlar tüketicinin taraflardan birisini oluşturduğu bir akdi ilişkide bulunmuyor ise bu durumda mutad mesken hukukuna bağlama esası geçerli olmayacaktır. Bu gibi durumlarda normal bir akdi ilişki gibi kabul edilecek ve sıkı ilişki veya karakteristik edim kavramları esas alınarak yetkili hukuk tespit edilecektir (EVÜ.m.5/3; EGBGB.m.29/2; IPRG(İsv.). m.120/1) (54). Taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bir akdi ilişkiye onun mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için pozitif düzenlemelerde aranmakta olan şartları şu şekilde sistematize etmek mümkündür:

-İcap sahibi veya onun temsilcisi, siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette kabul etmiş ise(IPRG.(İsv.) m. 120/1-a; EGBGB.m. 29/(1)-3; EVÜ.m.5/(2).),

-tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette akdin yapımına bir icap veya bir reklam sebep olmuş ise ve tüketici bu devlette akdin in'ikadına ilişkin hukuki işlemleri yapmış ise(IPRG.(İsv.) m.120/1-b; EGBGB.m. 29/(1)-1; EVÜ.m.5/(2).),

-akit, emtia satışı ile ilgiliyse ve tüketici mutad meskeninin bulunduğu devletten yabancı bir ülkeye seyahat etmiş ise ve orada kendi siparişini vermiş ise, bu seyahat tüketiciyi akdin yapımına sevk etmiş olsa da bu seyahat satıcının

(53) "Akde uygulanacak hukuk, 27. maddeye göre (taraf iradelerince) kararlaştırılmamış ise, akit kendisi ile en sıkı ilişkiyi gösteren devletin hukukuna tabidir"(Art.28/1 EGBGB.); Art.117/1 IPRG. (İsv.) " Hukuk seçiminin eksikliğinde akit kendisi ile en sıkı ilişkide bulunan hukuka tabidir".

(54) KROPHOLLER, IPR, s. 418; FIRSCHING/von HOFFMANN, s. 375; KELLER/KREN KOST-KIEWICZ, s. 999.

tüketiciyi akti yapma amacına sevk etse dahi(EGBGB. m.29/(1)-3).

Taraflardan birisini tüketicinin oluşturduğu bir akdi ilişkiye tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, akdin sayılan bu üç şarttan birisini ihtiva etmesi gerekmektedir. Şayet akdi ilişki, bu üç hal dışında bir şekilde yapılmış ise, bu durumda tüketici bu akde mutad mesken hukukunun uygulanmasını istemeyecektir. Bu son durumda akdi ilişki normal bir akdi borç ilişkisi olarak kabul edilerek "sıkı ilişki" veya "karakteristik edim" kavramlarına göre tespit edilmiş olan bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespiti yoluna gidilecektir.

IV. Türk Hukukunda Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Türk hukuku bakımından tüketici akitlerine uygulanacak hukukun tespit edilmesinde, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümlerin birlikte ele alınarak incelenmesinde fayda vardır. Çünkü, ileride ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, tüketicinin korunması hakkında kanunda yer alan hükümlerin bir kısmı doğrudan uygulanan kurallar niteliğindedir. Doğrudan uygulanan kuralların söz konusu olduğu alanlarda da bağlama kurallarına göre yetkili hukuka gitmeye gerek olmadan hakim olayın maddi çözümünü doğrudan uygulanan kuralları nazara alarak çözümlenecektir.

A) Kanunî Düzenleme

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yeni bir kanun olmasına rağmen, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, tüketici akitleri ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermemiş ve milletlerarası unsuru havi akdi borç ilişkilerini tek bir hüküm altında düzenlemiştir. Kanunda yer alan düzenlemede, akitlerden doğan kanunlar ihtilâfı alanında yetkili hukukun tespitinde ilk derece bağlama kuralı olarak taraf iradeleri nazara alınmıştır(MÖHUK.m.24/1). Buna göre, "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir" (55). İrade muhtariyeti olarak ifade edilmekte olan bu prensibe pozitif düzenlemede herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, kanun koyucu, akdî ilişkilerin hususiyetlerine göre herhangi bir ayırım yap-

(55) Geniş bilgi için bkz. NOMER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 7. bası, İstanbul 1993, s. 300 vd.; TEKİNALP, G.; Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları, 4. bası, İstanbul 1992, s. 264 vd.; ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası, İstanbul 1992, s. 252 vd.; Aynı esas Türk hukukunda 2675 sayılı kanunun kabul edilmesinden önce de doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmekteydi: Bkz. BERKİ, O.F.; Devletler Hususi Hukuku, C. 2, 7. bası, Ankara 1966, s. 297 vd; GÖĞER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 4. bası, Ankara 1977, s. 303 vd.

maksızın, milletlerarası unsuru hâvi bütün akdî ilişkilerde irade muhtariyeti esasını benimsemiştir. Türk hukukunda yer alan bu düzenlemeye göre tarafların hukuk seçimi serbestilerinin tek bir sınırı bulunmaktadır ki, bu da akdî ilişkinin yabancı unsur (56) ihtiva etmesidir. Yabancı unsuru havi akdi borç ilişkileri bakımından âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine, seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Hattâ doktrinde tarafların korunmaya değer bir menfaatinin bulunması da gerekli görülmemekte, sadece, tarafların menfaatlerinin söz konusu olmadığı bir hukuk düzenini akitlerine uygulanmak üzere seçmelerinin düşünülemeyeceği ifade edilmektedir (57). Kanunda yer alan bu hükümden hareket edildiği takdirde, tüketici akitleri bakımından da tarafların mutlak manada hukuk seçimi imkanının olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, mevcut pozitif düzenlemeye göre, akdî ilişkinin taraflarından birisinin sosyal veya ekonomik yönden zayıf durumda olmasının, tarafların hukuk seçimi serbestisi bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüketici akitleri bakımından da âkit taraflar herhangi bir sınırlama ile karşılaşmadan diledikleri bir ülke hukukunu akitlerine tatbik edilmek üzere seçebileceklerdir.

Akdî borç ilişkilerinden doğan kanunlar ihtilâfî alanında tarafların hukuk seçimi yapmadıkları hallerde ise, "borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku" objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir (MÖHUK.m.24/2). Kanunda yer alan bu hükümde tüketici akitleri için ayrı ve kendine özgü bir objektif bağlama kuralı kabul edilmemiştir. Tüketici akdi ise, "...tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlem" (TKHK.m.2) olarak kabul edildiğine göre, tüketicinin yapmış olduğu işlemin hukuki karakterine göre objektif bağlama kuralı tespit edilecektir.

(56) Doktrinde yabancı unsurun varlığı ile ilgili olarak değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri esas itibarıyla ikiye ayırmak mümkündür. Bir görüşe göre, akdi ilişkinin tarafların iradelerinin dışında başka unsurlar sebebi ile yabancı bir hukuk ile irtibatının bulunması halinde yabancı unsur söz konusudur. Diğer görüşe göre ise, tarafların iradelerini de yabancı unsurun tespiti bakımından nazara almak gerekmektedir. Bkz. NOMER, s. 302; ÇELİKEL, s. 253; TEKİNALP, (MÖH.) s. 254; ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilâfı – Yasama Yetkisi kuralları, İstanbul 1971, s. 185.

(57) TEKİNALP, G.; Akdi ilişkilere uygulanacak hukuk– MÖHUK. m.24 ve zımnî hukuk seçimi, MHB., 5. (1985), s.28–31) 29; ULUOCAK, Uygulama Kuralları, s. 188.

B) Değerlendirme

Milletlerarası özel hukuk alanında, tüketici akitleri gibi, âkit taraflar arasında sosyal veya ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu akitlerin pozitif düzenlemelere konu olması, karşılaştırmalı hukukta dahilî hukukların aksine, kısa bir süreden beri nazara alınmaya başlanmıştır. Türk hukukunda ise, dahilî hukukumuz alanında konu ile ilgili olarak kısa bir süre önce pozitif düzenleme yapılmış olmasına rağmen, milletlerarası özel hukuk alanında tüketici akitleri ile ilgili pozitif düzenlemeye yer verilmediği gibi doktrinde de konu henüz incelenmemiştir. Bu nedenle öncelikle karşılaştırmalı hukuk alanında milletlerarası unsuru havi tüketici akitleri ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerin ve pozitif düzenlemelerin değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Hukuk seçiminin yasaklanması görüşü: Türk hukukuna göre, âkit taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesinin tek bir sınırı bulunmaktadır ki, bu da akdî ilişkinin milletlerarası unsur ihtiva etmesidir. Buna göre âkit taraflar, milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku kabili tatbik hukuk olarak seçebilirler. Hatta, doktrinde savunulan bir görüşe göre, akdînin klasik mânada bir yabancılık unsuru ihtiva etmesi de şart değildir. Bu görüş, tarafların akdî ilişkilerine yabancı bir hukukun uygulanması yönündeki iradelerini yabancı unsurun varlığı bakımından yeterli görmektedir (58). Dolayısıyla yabancı unsuru havi tüketici akitleri alanında da tarafların yabancı bir ülke hukukunu akdî ilişkileri bakımından kabili tatbik hukuk olarak seçebilmeleri mümkündür. İsviçre hukukunda olduğu gibi milletlerarası unsuru havi tüketici akitleri bakımından hukuk seçiminin yasaklanması Türk hukukunda mevcut pozitif düzenleme çerçevesinde pek mümkün gözükmemektedir.

Hukuk seçiminin sınırlandırılması görüşü: Taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu milletlerarası unsur hâvi akdî ilişkiler bakımından taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesine iki değişik sınırlama kabul edilmesine rağmen (59) tüketici akitleri bakımından, yalnızca yararlılık ilkesine göre sınırlama getirilmesi kabul edilmektedir (60). Ancak bu sınırlama esasında mağzurları olduğu kabul edilmektedir. Bir defa, bu esasın kabul edil-

(58) NOMER, s. 302.

(59) Bkz.s. 163 vd.

(60) Geniş bilgi için bkz. FIRSCHING/von HOFFMANN, s. 375; DOĞAN, V.; Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB. 15. (1995) (yayında)

mesi halinde milletlerarası özel hukuk alanında kabul edilmekte olan öngörülebilirlik ilkesi zedelenebilecektir. Şöyle ki, âkit taraflara hukuk seçimi imkânı tanınacak ve fakat taraflar akdî ilişkilerine seçmiş oldukları hukukun uygulanıp uygulanmayacağını, uygulanacaksa da hangi kapsamda uygulanacağını kesin olarak bilemeyeceklerdir. Bunun yanısıra, yararlılığın kimin tarafından (61) ve nasıl (62) tespit edileceği problemi de ortaya çıkacaktır.

Günümüzde milletlerarası özel hukuk ile ilgili olarak yapılan ve tüketici akitleri ile ilgili özel hükme yer veren hemen bütün pozitif düzenlemelerde, âkit taraflara irade muhtariyeti tanınmaktadır. Ancak, taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetine diğer borç akitlerinde olmayan kapsamda bir sınırlama getirme gereği hissedilmiştir (63). Şöyle ki; tarafların aralarında yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukundan daha iyi bir koruma sağlıyor ise geçerli, aksi takdirde, yani seçilen hukuk düzeni tüketiciye kendi mutad meskeni hukukundan daha az bir koruma sağlıyor ise, yapılan bu hukuk seçimi geçersiz olacak ve akit objektif bağlama kurallarına tabi olacaktır (64).

Türk hukukunda, "Yararlılık ilkesi, Anayasanın ekonomik gelişim öz-

- (61) Yararlılık değerlendirilmesi ile ilgili olarak objektif değerlendirme ölçüsü ve subjektif değerlendirme ölçüsü olmak üzere iki değişik öneri bulunmaktadır. Subjektif değerlendirme ölçüsü taraftarlarına göre, zayıf âkit taraf için yararlı kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü, zayıf âkit taraf kendisi için neyin daha yararlı olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir. Objektif değerlendirme ölçüsüne göre, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilerek "akıllı ve makul bir kişinin" akdî ilişkisi nazara alınacak ve yararlılığın tespit edilmesi yoluna gidilecektir. Başka bir ifade ile, bu görüş tarzına göre hâkim değerlendirmeyi yaparken, makul bir kişi aynı şartlar altında hangi faydayı tercih ederdi ise, bunu nazara alacaktır. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 61 vd.
- (62) Yararlılık değerlendirmesinin nasıl yapılacağı hususunda da tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır. Tekli karşılaştırma yöntemine göre, objektif akit statüsünde ve subjektif akit statüsünde yer alan zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümlerin tek tek karşılaştırılması yapılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikte oldukları tespit edilecek hükümler akdî ilişkiye tatbik edilecektir. Toplu karşılaştırma yöntemine göre ise, objektif ve subjektif akit statüsündeki zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümler bir bütün olarak ele alınacak ve karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma neticesinde hangi hukuk düzeninde yer alan hükümler zayıf âkit tarafa daha iyi koruma sağlıyorlar ise, o hukuk düzeninde yer alan hükümler olaya bir bütün olarak uygulanacaktır. Grup olarak karşılaştırma yönteminde ise, birbirleriyle bağlantılı hükümler birlikte nazara alınarak yapılacak karşılaştırma sonunda yararlı hukuk tespit edilecektir. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 70 vd.
- (63) Tüketici akitleri bakımından irade muhtariyetine getirilmekte olan bu sınırlama şekli, bir kısım pozitif düzenlemelerde iş akitleri bakımından da kabul edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, İş Akdî, s. 58 vd.
- (64) Geniş bilgi için bkz. KELLER/ KREN KOSTKIEWICZ, s. 990 vd.; VISCHER, s.194 vd.; KREN, s. 55 vd.; KROPHOLLER, (IPR), s. 415 vd.

gürlüğü konusundaki temel düşünce tarzını (Ay. m. 10/2; 12; 17; 35; 48; 49) yansıtan ve sözleşme özgürlüğünden ayrılması mümkün olmayan bir esas" (65) olarak kabul edilmesine rağmen, mevcut pozitif düzenlemelerden hareket ettiğimiz takdirde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisinin yararlılık karşılaştırması yolu ile sınırlandırılması da pek mümkün gözükmemektedir. Çünkü yararlılık ilkesi, dahili iş hukuku alanında Anayasanın güvencesi altında olup, diğer alanlarda aynı esasın geçliliğinin kabul edilmesi pek olası görünmemektedir.

Bunun yanı sıra, mevcut pozitif düzenlemeden hareket edildiği takdirde milletlerarası unsuru hâvi akdî borç ilişkileri alanında kural olarak taraflara tanınmakta olan irade muhtariyetinin kategorik olarak yasaklanması da pek mümkün gözükmemektedir. Bu kuralın tek bir istisnası olabilir: Şayet, bir akdî ilişkiyi dahilî hukuk alanında düzenleyen kuralların tamamı doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde ise (66), bu hükümler bakımından tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir (67). Akdî ilişkinin dahilî hukuk alanındaki düzenlenmesi tamamen doğrudan uygulanan kurallardan oluşmasına rağmen, taraflar hukuk seçimi yapmışlar ise, yapılmış olan bu hukuk seçimi nazara alınmayacaktır. Başka bir ifade ile, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmamış gibi iç hukuk kuralları olaya uygulanacak ve ihtilâf buna göre, yani doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde çözülecektir. Doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci normlar teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis'e göre, milletlerarası maddi ilişkiye iç hukuk kurallarının uygulanabilmesi için dahili maddi normların iki farklı kategorisine dikkat edilmelidir. Bu hukuk normlarının ilk kategorisini doğrudan uygulanan kurallar (lois d'application immédiate) oluşturmaktadır. Bunlar kamusal organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarını nazara almadan maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanırlar (68). Başka bir

(65) SOYER, s. 28.

(66) Doğrudan uygulanan kurallardan maksat; kamusal organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarının dışlanmasıyla maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanan normlardır. Başka bir ifade ile, bir devletin kendi genel kanunlar ihtilafı kurallarına riayet etmeksizin uygulanması zorunlu olan normlardır. Bu normlar kanunlar ihtilafı kurallarına göre kendiliğinden yetkili olan hukukun tatbikatına müdahale ediyorlar ve bundan dolayı da onun uygulanmasını sınırlıyorlar. Geniş bilgi için bkz. LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578 vd.; VOSE, N.; Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, s. 5 vd.; NOMER, s. 65 vd.; DOĞAN, İş Akdî, s. 98 vd.; DOĞAN, Roma Sözleşmesi, s. 476 vd.

(67) Örneğin; Türk hukukunda gayrimenkul kiralari hakkındaki kanunun kapsamında yapılan akdî ilişkiler alanında tarafların hukuk seçimi yapmaları mümkün değildir. Çünkü, bu kanun kendi uygulama alanını kendisi tespit ettiğinden dolayı tamamen doğrudan uygulanan kurallar kapsamında yer alan bir kanundur. 6570 sayılı kanuna göre; "Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (musakkaf olmıyanlar hariç) kiralanmalarında, kiralanenlerle kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur"(m.1/1).

(68) VOSE, s. 17 vd.

ifade ile, Francescakis'e göre, doğrudan uygulanan kurallar, ülkenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuka gitmeden uygulanması gereken kurallardır. Ancak, yazar bu normların hangi tür normlar olduğu hususunda yeterli açıklamayı yapmamaktadır (69).

Doktrinde hangi tür normların doğrudan uygulanan normlar olduğu hususunda normun uygulanma iradesinden (anwendungswille der Norm) bahsedilmektedir. Buna göre normu çıkartan devletin tasavvuruna göre, normun, devletin kendi genel kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuka riayet edilmeksizin uygulanması zorunlu ise, bu devletin mahkeme devleti olması halinde, bu norm her halükarda uygulanmalıdır. Başka bir deyişle normu çıkartan devlet, bu normun doğrudan uygulanan norm olduğunu düzenlemiş ise problem yoktur. Bu durumda bu norm ülke ile irtibatlı bütün meselelerde uygulama kabiliyetini haizdir. Ancak, normu koyan devlet bu durumu açık olarak düzenlememiş ise, bu durumda normu çıkartan devletin tasavvurlarına göre bu devletin genel kanunlar ihtilafı kurallarına riayet etmeksizin uygulanması gerekip gerekmediği araştırılmalıdır (70).

Nihayet, doğrudan uygulanan norm kavramı ile ilgili olarak şu hususu da belirtebiliriz: Bir normun doğrudan uygulanan norm olup olmadığı esas itibariyle iki şekilde tesbit edilebilir. İlk olarak, bu durum normda açık olarak yazılı olabilir, yani ülke ile irtibatlı bütün akdi ilişkilerde, bu akdi ilişkilerin yabancı unsur ihtiva edip etmediğine bakılmaksızın normun uygulanması gereği hükümde açık olarak yer almış olabilir. İkinci olarak, normda böyle bir ifade yer almıyorsa, bu durumda normun konulmasındaki amaçtan hareket edilmelidir. Şayet normun konulmasındaki amaç ülke ile irtibatlı bütün akdi ilişkilere uygulanmak ise, bu norm bir doğrudan uygulanan normdur. Bunun tersi söz konusu ise, normun hukuki niteliği (kamu hukuku- özel hukuk) ne olursa olsun bu norm bir doğrudan uygulanan norm olarak nitelendirilemez.

Türk hukukunda TKHK'ü tamamen doğrudan uygulanan normlardan oluşmamaktadır (71). Bu sebeple de, tüketici akitleri alanında doğrudan uygulanan normlardan hareket ederek tüketicinin korunması her olayda yeterli olmayabilir. Çünkü, doğrudan uygulanan normların konulmasındaki amaç, akdin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunmasına hizmet etmek değil, bilakis iktisadi veya sosyal düşüncelerden hareketle kamusal organizasyonun menfaatine

(69) VOSER, s. 20; LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578 vd.

(70) LORENZ, E., Die Rechtswahlfreiheit, s. 578.

(71) TKHK'a göre doğrudan uygulanan kurallara örnek, m.5-6/1 ve 3, 7/1.

hizmet etmektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanında tüketicinin korunması ile ilgili hükümlere pozitif düzenlemelerde yer verilmez ise, bu durumda, akdî ilişkisinin zayıf tarafını oluşturan tüketiciyi koruyabilmek için elimizde sadece kamu düzeni kuralı kalacaktır. Kamu düzeni kuralının uygulanması ise istisna olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, ancak yabancı hukukun uygulanması sonucu dahilî hukukun adalet anlayışı ile bağdaşmayacak bir neticenin ortaya çıkması halinde kabul edilmektedir (72). Bunun yanı sıra, milletlerarası unsuru hâvi olaylarda kamu düzeninin müdahale edebilmesi için, olayın ülke ile sıkı bir ilişkisinin bulunması gerektiği gibi kamu düzeninin uygulanmasında mahkemelerce farklı değerlendirmeler yapıldığına da rastlanmaktadır (73). Görüldüğü gibi, kamu düzeni kuralı milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından, akdî zayıf tarafı olarak kabul edilmekte olan tüketicinin korunması bakımından her zaman yeterli olmayabilecektir.

Tüketici akitleri bakımından objektif bağlama kurallarına yer verilmemiş olması da bir eksikliktir. Ancak, yine de milletlerarası akdî ilişkilerin düzenlendiği MÖHUK. m.24'de yer alan sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası, objektif bağlama kurallarının son aşaması olarak değil ve fakat ilk aşama objektif bağlama kuralları olarak kabul edilseydi problemin çözümü bakımından fayda sağlayabilirdi. Çünkü, bu durumda hâkime olayın ve daha da önemlisi tarafların özelliklerini nazara alarak yetkili hukuku tespit edebilme imkânı tanınmış olacaktı. Bu hal ise, ifa yeri veya ağırlıklı edimin ifa yeri hukukunda tüketicinin menfaatlerini zedeleyici hükümlerin bulunması ve akdî ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının olması durumunda, hâkime, bu sıkı irtibatlı ülke hukukunu uygulanması yönünde bir imkân sağlanmış olacaktı. Sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlama esası objektif bağlama kurallarının ilk basamağı olarak kabul edilseydi, tüketiciyi korumak için kamu düzeninin müdahalesine istisnâ bazı durumlarda ihtiyaç olabilirdi.

Milletlerarası unsuru havi tüketici akitlerinde, kamu düzeninin müdahalesi haricinde, tüketicinin korunmasına hizmet edebilecek başka bir kural bulunmakta mıdır? Bir ülkedeki özel hukuk düzeninin temelini teşkil edebilecek derecede genellik taşıyan temel hukuk ilkeleri (74) niteliğinde oldukları kabul edilen

(72) KROPHOLLER, (IPR), s. 141; SONNENBERGER, H. J.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990, s. 277 vd.; NOMER, s. 127 vd.; DOĞAN, Zayıf Âkit Taraf.

(73) Geniş bilgi için bkz. KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 635.

(74) ÖZSUNAY, E.; Medenî Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986, s. 153.

Medeni Kanunun başlangıç hükümlerinden hareket ederek bir sonuca ulaşmak imkânı bulunabilir mi? Özellikle Medeni Kanunun başlangıç kısmında yer alan ve kanun boşluğu ile objektif iyi niyet kurallarına aykırılığı düzenleyen hükümlerden milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından yararlanılabilir mi?

Kanun boşluğundan maksat, bir uyuşmalık hakkında uygulanması gerekli hukuk normlarının kanunlarda bulunmaması, başka bir deyişle ortaya çıkan bir problemi kanunun cevapsız bırakması halidir (75). Kanun boşluğu halleri değişik şekillerde karşımıza çıkmaktadır (76). Bunlardan doktrinde önemli görülenler:

- Gerçek boşluk; kanunlarda müşahhas olaya uygulanacak bir hüküm bulunmaması halini ifade etmektedir. Gerçek boşluklara, hukuk sistematüğinden ortaya çıkan, açık, dışarıdan görülebilen mantuki boşluklar da denilmektedir(77).

- Gerçek olmayan boşluk; müşahhas olaya uygulanacak bir kanun hükmü bulunmasına rağmen, bu hükmün olduğu gibi uygulanması çıkarlar dengesine aykırı olabilir ve bu durumda, hâkimin kanun hükmünü olduğu gibi değil, çıkarlar dengesine uygun olarak olaya uygulaması halini ifade etmektedir.

Kanun boşluğu olarak kabul edilen bu halleri, milletlerarası unsuru hâvi tüketici akitleri bakımından değerlendirecek olursak: MÖHUK. m.24'de milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkiler pozitif düzenlemeye konu olmuş ve fakat tüketici akitleri bakımından, akdi ilişkinin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunması gereği nazara alınmamıştır. Milletlerarası özel hukuk alanında, dahili hukukta yer alan düzenlemelerde olduğu gibi, bütün hayat ilişkilerinin pozitif düzenlemeye konu olması pek imkan dahilinde değildir. Başka bir ifade ile milletlerarası unsuru hâvi akdî ilişkilerde, bağlama kurallarının tespitinde iki değişik ihtimal söz konusu olabilir: Hâkim, önüne gelen olayın durumunu nazara alarak, yetkili hukuku bireyselleştirme yolu ile veya belirli akit tipleri ya da akit grupları için önceden tiplendirme yolu ile tespit edebilir (78). Bireyselleştirme özel olaydaki adalet anlayışına hizmet etmesine rağmen, tiplendirme hukukî güvenliğe ve usul ekonomisine hizmet etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucular esas itibarıyla

(75) İMRE, Z.; Medeni Hukuka Giriş, 3. bası, İstanbul 1980, s. 172.

(76) Geniş bilgi için bkz. ZEVKLİLER, A.; Medeni Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler hukuku- Aile Hukuku, 3. bası, Ankara 1992, s. 89 vd.; İMRE, s. 172 vd.; EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara 1983, s. 122 vd.; ÖZSUNAY, s. 199 vd.

(77) ÖZSUNAY, s. 202.

(78) NEUHAUS, s. 108.; KROPHOLLER, Das kollisionsrechtliche System, s. 637 vd.

tipleştirme esasını kabul etmelerine rağmen, tipleştirmenin sakıncalarını ortadan kaldırmak için bazı istisnaları da kabul ederek ortalama bir yol tercih etmektedirler (79). Bu sebeple yapılan bütün pozitif düzenlemelerde bütün hayat ilişkilerinin ayrı ayrı düzenlenmesi yerine, geniş kapsamlı kanun kurallarına yer verilmektedir. Milletlerarası unsuru havi akdi ilişkiler alanında da kanun koyucu tipleştirme esasından hareketle bütün akdi ilişkileri tek bir hüküm altında toplamıştır. Ancak, taraflar arasında eşit güç dengesinin bulunduğu akdi ilişkiler ile taraflardan birisinin diğerine göre daha zayıf olduğu akdi ilişkilerin tek bir hüküm ile düzenlenmesi ve zayıf tarafın korunma gereğinin nazara alınmaması kanunda örtülü bir boşluğun olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Kanun geniş kapsamlı olarak tasarlanıp, belirli durumlarda amacının ve anlamının zorunlu kıldığı sınırlamaları öngören bir düzenlemeyi eklemeyi ihmal etmiş ise kanundaki boşluk örtüldür (80). Kanundaki örtülü boşluklarla kanunun tatmin edici olmamasından doğan boşluklara eksik boşluk denilmektedir (81). Eksik boşluk veya gerçek olmayan boşluk halinde, kanunda yer alan kuralın somut olaya uygulanması günün şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırıdır, sakıncalıdır ve ihtiyaçlara uygun olmaması sebebi ile tatmin edici değildir. Kanunda yer alan böyle bir kuralın düzeltilmesi ve günün icaplarına uygun hale getirilmesi gerekir (82). Kanun hükmünün günün şartlarına uygun olmaması halini doktrinde bir kısım yazarlar kanun boşluğu olarak görmektedirler. Bunlara göre, günün icaplarına uygun olmayan kanun hükmünün olaya uygulanması hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur (83). Böyle bir boşluğun kanun koyucu tarafından düzeltilmemesi halinde, hâkimin bu boşluğu objektif iyiniyet kuralından hareket ederek doldurması gerektiği kabul edilmektedir (84). Ancak, doktrinde hâkim olan görüş, kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen bu hükmün günün icaplarına uygun olmaması hallerinde de bir kanun hükmünün bulunduğunu ve bu nedenle de bir boşluktan bahsetmenin gereksiz olduğunu, eksikliğin de iyiniyet kurallarından hareketle giderilmesi gerektiğini savunuyorlar (85).

Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşten hareket ettiğimiz takdîrde, milletlerarası unsuru hâvi akdî borç ilişkileri MÖHUK. m.24'de pozitif dü-

(79) Örneğin, Art. 28 /1 EGBGB.(Alm.); Art. 117/1 IPRG.(İsv.); Art. 4/1 EVÜ. Bu hükümlerde akdî başka bir ülke ile sıkı ilişkisinin bulunması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir.

(80) EDİS, s. 125.

(81) İMRE, s. 177.

(82) ZEVKLİLER, s. 89; EDİS, s. 124; İMRE, s. 177.

(83) İMRE, s. 177.

(84) ZEVKLİLER, s. 89.

(85) EDİS, s. 124; İMRE, s. 175.

zenlemeye konu olduğuna göre, bir kanun boşluğundan bahsetmeye imkân yoktur. Türk Kanun koyucusu, milletlerarası unsuru havi akdi ilişkiler alanında tipleştirme esasını kabul etmesine rağmen, tipleştirmenin sakıncalarını ortadan kaldırmak için bazı istisnaları kabul etmemiş olması dolayısıyla ortaya bir kanun boşluğu çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, tüketici akitleri gibi âkit taraflardan birisinin ekonomik veya sosyal bakımlardan zayıf olduğu akdi ilişkilerde, kanunda yer alan bu hükmün akdi ilişkiye olduğu gibi uygulanması bazı durumlarda akdin zayıf tarafını oluşturan tüketici aleyhine zararlı sonuçlar doğurabilecektir. Bu sebeple, kanunda yer alan bu hüküm günün gereklerine uygun değildir. MÖHUK. m.24'ün, özel hukukun bütününde uygulanmaya elverişli bir biçimde öngörülmüş ve esas itibarıyla, uygulanması sırasında ona başvurulamayacak bir hukuk kuralının olmadığı kabul edilen (86) doğruluk ve güven ilkesinden hareketle günün icaplarına uydurulması gerekir.

Buna göre, tüketici akitlerinde âkit taraflar MÖHUK. m.24/1'de yer alan hukuk seçimi serbestisinden yararlanabileceklerdir. Ancak, taraflarca yapılan hukuk seçimi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise nazara alınmayacak ve fakat hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayan hukuk seçimi nazara alınarak ihtilaf taraflarca seçilmiş olan bu hukuka göre çözülecektir. Âkit tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi için, objektif akit statüsünde yer alan tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümlerden kaçınmak amacı ile yapılmış olması gerekir ki, yapılan hukuk seçimi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilsin. Bu gibi durumlarda taraflarca yapılan hukuk seçimi hiç nazara alınmadan objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukuk tespit edilecek ve olaya uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- AUBERT, G.; Der Arbeitsvertrag im internationalen Privatrecht der Schweiz, SJK. 1984, Nr.843.
- BASEDOW, J.; Die Neuregelung des internationales Privat- und Prozeßrechts, NJW. 39. (1986), s.1271-1279.
- BERKİ, O.F.; Devletler Hususi Hukuku, C. 2, 7. bası, Ankara 1966.
- ÇELİKEL, A.; Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası, İstanbul 1992.
- Deutsches Bundestag, Drucksache 10/504.
- DOĞAN, V.; İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996.
- DOĞAN, V.; Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Äkit Tarafın Korunması, MHB. 5. (1995) (yayında)
- DOĞAN, V.; Avrupa Birliği Bünyesinde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil CİN'e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 463-494.
- EDİS, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. bası, Ankara 1983.
- EREN, F.; Borçlar Hukuku, C. I, 4. bası, Ankara 1991.
- FIRSCHING, K.; Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax. 1.(1981), s. 37-43.
- FIRSCHING, K./von HOFFMANN,B.; Internationales Privatrecht, 4. Aufl., München 1995
- GAMILLSCHEG, F.; Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14. (1983), s. 307- 373.
- GÖĞER, E.; Devletler Hususi Hukuku, 4. bası, Ankara 1977.
- GÜNUĞUR, H.; Avrupa Topluluğu Hukuku, 2.bası, Ankara 1993.
- HEINI, A.; Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1978, s. 67-77.

- İMRE, Z.; Medeni Hukuka Giriş, 3.bası, İstanbul 1980.
- JAYME, E./ HAUSMANN, R.; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6.Aufl., München 1992.
- JUNKER, A.; Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen -Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht, IPRax. 13 (1993), s. 1-10.
- JUNKER, A.; Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992. s. 276.
- KEGEL, G.; Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 1986.
- KELLER, M./KREN KOSTKIEWICZ, J.; Schweizerisches internationales Privatrecht Kommentar, Zürich 1993.
- KELLER, M./SIERH, K.; Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- KELLER, M.; Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, s. 175-188.
- KREN, J.; Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss. 88.(1989), s. 48-70.
- KROEGER, H. E.; Der Schutz der "marktschwächeren" Partei im Internationalen Vertragsrecht, Frankfurt a.M. 1984.
- KROPHOLLER, J.; Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- KROPHOLLER, J.; Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei, RabelsZ. 42.(1978), s.634– 660.
- LORENZ, E.; Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW. 33. (1987), s. 569-584.
- MARTINY, D.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., München 1990.
- NEUHAUS, P. H.; Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976.
- NOMER, E.; Devletler Hususi Hukuku 7. bası, İstanbul 1993.
- ÖZSUNAY, E.; Medeni Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986.

- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 47. Aufl., München 1988.
- POROY, R.; Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Arsanlı Armağanı, İstanbul 1978, s.513-550.
- SONNENBERGER, H. J.; Münchener Kommentar, Band. 7, EGBGB.- IPR, 2. Aufl., Münschen 1990.
- SOYER, P. M.; Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991.
- TEKİNALP, G.; Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, 4. bastı, İstanbul 1992.
- TEKİNALP, G.; Akdi ilişkilere uygulanacak hukuk- MÖHUK.m.24 ve zımnî hukuk seçimi, MHB. 5. (1985), s.28-31.
- ULUOCAK, N.; Kanunlar İhtilafı – Yasama Yetkisi kuralları, İstanbul 1971.
- VISCHER, F.; Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BLM. 1989. s. 183-224.
- von HOFFMANN, B.; Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, RabelsZ. 38.(1974), s.396-419.
- VOSER, N.; Die Theorie der lois d'application immédiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993.
- ZEVKLİLER, A.; Medenî Hukuk- Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler hukuku- Aile Hukuku, 3. bası, Ankara 1992.
- ZEVKLİLER, A.; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996.
- ZWEIGERT, K.; Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten, RabelsZ. 37.(1973), s. 435-452.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yrd. Doç. Dr. Erdal TERCAN (*)

A - MEDENİ USUL HUKUKUNUN AMACI VE GENEL OLARAK GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Medeni Usul Hukuku, genel olarak, maddi hukukun, taraflar arasındaki çekişmeli hukuki ilişkiye uygulamasını ve tarafların maddi hukuktan doğan haklarının (gerçek hukuki durumun) tespitini amaçlayan bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı, hakkın korunması, tespiti ve gerçeğin bulunması konusunda ceza usul hukukundan daha aşağı değildir (1) ve burada da kural olarak davayı kazanan taraf, tesadüfen veya tarafların şahsi becerisi ve yeteneğine bağlı olarak ortaya çıkmaz (2). Her iki hukuk dalı da (medeni usul ve ceza usul hukuku) kanunları uygulayarak maddi gerçeği bulup ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. Gerçi, böyle bir ifade, medeni usul hukuku açısından, ceza usul hukukuna nazaran biraz tartışmalı olabilir ve denilebilir ki, maddi gerçeğin bulunması medeni usul hukukunun asıl amacı değildir; gerçek, onun sadece tesadüfi bir sonucudur (3); ceza usul hukuku maddi gerçeğin bulunmasını amaçlarken, medeni usul hukuku bu şekli gerçeğe yetinmektedir. Şekli gerçeğe ilişkin bu durum, bazı farklılıklardan ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, medeni usul hukukundaki davanın açılması, iddia ve müdafanın tümüyle taraflara ait olması, dava malzemesini tarafların toplaması, tarafların, davada gerçeğin bulunup bulunmamasını dikkate almaksızın

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 87.

(2) "19 uncu yüzyılın usulcülerini için ise "maddi gerçek" medenî usulün sadece "tesadüfi bir sonucu" olabilir, yoksa amacı değil. - "Şekli gerçek" kavramı, 19. yüzyılın anlayışına uygundur. Orada sözkonusu olan doğrunun elde edilmesi değil fakat sonuca varılmasıdır. Daha yetenekli ve becerikli olanın lehine sonuç alması "kızılhaçsız bir savaş" olarak kabul edilen dava fikrine uygun düşmektedir." (Alangoya s. 86).

(3) Wach, A.: Vorträge über die Reichszivilprozessordnung, 1. Aufl., Bonn 1879, s. 149 (Hug, Peter: Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess, Diss., Zürich 1943, s. 1'den naklen).

dava konusu üzerinde sulh, kabul veya feragat yolu ile tasarrufta bulunabilmeleri, ceza usul hukukunun esasına aykırıdır.

Medeni usul hukukunda geçerli olan yukarıda sayılan durumlar, gerçekten ceza usul hukukunda farklıdır. Bununla beraber, davanın açılması, dava malzemesinin taraflarca toplanması iddia ve müdafanın taraflara ait olması gibi durumlar nedeniyle, medeni usul hukukunun maddi gerçeği bulma amacını tümüyle reddetmek doğru olmaz. Medeni usul hukukunun şekli gerçeğe yetinmesi, bu hukuk dalında geçerli olan taraflarca hazırlama ilkesi (Verhandlungsmaxime) ile gerekçelendirilebilir. Gerçekten, bu ilkeye göre, dava malzemesinin (vakıaların) ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekirken, ceza usul hukukunda kendiliğinden araştırma (Untersuchungsmaxime) ilkesi uygulanarak, mahkemeye maddi gerçeğin bulunması için sınırsız bir araştırma ve inceleme yetkisi verilmektedir. Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda da gerçeğin tespiti amaçlanmaktadır; ancak burada, gerçeğin tarafların ağzından, mahkemece yapılacak araştırmaya oranla daha iyi ve daha çabuk ortaya çıkabileceği kabul edildiğinden bu ilke uygulanmaktadır; yoksa, medeni usul hukukunun şekli gerçeğe yetinmesi sözkonusu değildir (4). Eğer hükme şekli bir yoldan ulaşılmışsa, bu takdirde, genel de ifade edildiği gibi, medeni usul hukukunun amacı, maddi değil şekli gerçeğe ulaşılması olmaktadır. Burada, "gerçek" kelimesi ile kendini gösteren yanlış anlaşılma durumu, hoş olmayan bir sonuç, gerçeğin kötü bir gizlemesidir. Şekli gerçek (hakikat), asıl gerçeklik (hakikat) değildir; sadece, pozitif bir kuralın zorlamasıyla şeklen gerçekmiş gibi kabul etme durumudur. Bu nedenle, medeni usul hukukunun sadece şekli gerçeğe yetinmesi, günümüz hukuk ve adalet hissine aykırı düşmektedir. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bu durum, medenî usul hukukuna hakim olan ilkelerle birlikte kendiliğinden ortaya çıkmakta ve kanunkoyucu maddi gerçekten bilinçli olarak bazı hallerde kısmen vazgeçmektedir. Örneğin ikrar edilmiş bir vakıayı hakim doğru olarak kabul etmek zorundadır ve ikrar ile bağlıdır; aynı durum, karşı tarafın, ileri sürülen maddi vakıaları tartışma konusu yapmaması, kanuni karinelere dayanılması vb. hallerde de geçerlidir. Fakat, şekli gerçeğin ortaya çıkmasına neden olabilen bu durumlara, usul hukukunda mutlaka gerekli olmadıkça çok fazla yer verilmemelidir. Çünkü hemen her usul hukukunun amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Davada maddi gerçeğin bulunması, tarafların birlikte hareket ederek, maddi gerçeğin bulunması konusunda dürüst davranmaları ve

(4) Hug s. 2; Alangoya s. 89.

gerçeği söyleme yükümlülüklerine uygun hareket etmeleri halinde mümkün olabilecektir. Çünkü pek çok durumda fiili gerçeğin açığa çıkması ancak, tarafların mahkeme önüne çıkardıkları vakıaların gerçeğe uymasıyla mümkün olabilecektir.

Şu halde yargılamanın amacına ulaşabilmesi ve gerçek haklı ile haksızın ortaya çıkabilmesi yani maddi gerçeğe ulaşabilmek için davanın açılması ile özellikle taraflara önemli yükümlülükler düşmektedir. Bunlardan biri de, gerçeği söyleme yükümlülüğüdür (5), (6). Tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü, davada dürüstlük kuralının uygulanmasının bir gereğidir ve en önemli örneklerinden biridir (7).

Hakim, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda ancak tarafların getirdiği dava malzemesini inceleyerek karara varmak zorunda olduğundan, maddi gerçeğe ulaşabilmek için, tarafların getirdiği dava malzemesinin yani vakıaların gerçeğe uygun olması gerekir. Buna göre, tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü, her ne kadar isminden sadece yargılamanın sözlü kısmına ilişkinmiş gibi görünse de, daha davanın başında davacının dava dilekçesiyle ve davalının cevap lâyihasıyla kendileri açısından bu yükümlülük başlamaktadır.

Davanın taraflarına yüklenen bu yükümlülük, bir taraftan karşı tarafı korumaya yöneliktir; gerçekten karşı taraf, ileri sürülen bütün iddiaların aksini ispat edemeyecek durumda olabilir; diğer taraftan mahkemeyi ve dolayısıyla toplumu ve toplum düzenini korumaya yöneliktir (8). Mahkemenin, maddi gerçeğe ulaşabilmesi için taraflarca getirilen gerçeğe uygun olmayan vakıalarla yanıtlanmaması gereklidir (9). Mahkeme de, tıpkı diğer taraf gibi, gerçeğe uygun olmayan beyanlardan yanıtlanmalardan korunma ihtiyacı içerisinde (10).

(5) Gerçeği söyleme yükümlülüğü, külfet (Last) olarak değil, hukuki bir görev (Pflicht) şeklinde anlaşılmalıdır (Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Bd., Tübingen 1984, § 138, Nr. 1). Zira, taraflar, gerçeği söylemek veya söylememek konusunda serbest bırakılmış değildir (Jauemig, Othmar: Zivilprozessrecht, 24. Aufl., München 1993, s. 88).

(6) Bu yükümler şunlardır: 1- İhtilâfın tasfiyesi için ellerinden gelen her şeyi yapmak, 2- İyi niyet kurallarına uygun şekilde hareket etmek, 3- **Gerçeği söyleme mükellefiyeti**, 4- Şahsen isbatı vücut etmek yükü (Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I, II, 5. B., İstanbul 1992, s. 468-472).

(7) Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 299-301; Alangoya s. 118; Berkin, N.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 424 vd.

(8) Bilge/Önen, s. 300.

(9) Arslan, s. 116.

(10) Arslan, s. 116; Baumgaertel, B.: Treu und Glauben, gute sitten und Schikane verbot im Erkenntnisverfahren (Zeitschrift für Zivilprozessrecht, 1956 Heft 2/3, Bd. 69, s. 104).

Şu halde, gerçeği söyleme yükümlülüğü karşı tarafa, mahkemeye ve dolayısıyla topluma karşı yalan söylememe, gerçeği olduğu gibi söyleme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, sadece, kanunkoyucunun taraflardan bir beklentisi değil, aynı zamanda ahlâki ve dinî bir yükümlülüktür. Bu yönü ile sözkonusu yükümlülüğün yerine getirilmesi, kişinin ahlâki ve psikolojik yapısıyla ve dini inanışları ile de yakından ilgilidir. Aynı şekilde, taraflara böyle bir yükümlülüğün kanunen yüklenip yüklenmemesi ve yüklenmişse bunun kapsamı ve bu yükümlülüğe uyulmaması halinde uygulanacak yaptırım, o ülkede geçerli olan yönetim şekli ve dünya görüşüne bağlı olarak da farklılıklar gösterebilir (11).

B - YÜKÜMLÜLÜĞÜN AMACI

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün amacı, mahkemenin kararına temel teşkil edecek vakıaların açıklığa kavuşturulmasında azami ölçüde doğruluk ve gerçekliğin sağlanması ve davada bilinçli yalanın önlenmesidir (12). Yükümlülük, yargılama hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralının bir parçasıdır. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda gereklidir; fakat yine aynı ilke tarafından sınırlanmıştır. Kanunkoyucu, eğer mahkemenin hakkında karar vereceği vakıaların (dava malzemesinin) bizzat taraflarca getirilmesine izin veriyorsa, bu takdirde, tümüyle keyfi ve muvazaalı bir oyundan kaçınmak için gerçeği söyleme konusunda bir yükümlülük bulunmalıdır (13). Bu nedenle, tarafların, hem karşı tarafa, hem de mahkemeye karşı yargılama nedeniyle bir yükümlülükleri vardır ve bunun gereği olarak taraflar davanın temeline (vakıalara) ilişkin açıklamalarını, sadece kendi lehlerine olanları seçerek değil, gerçeğe uygun bir şekilde yapmaları gerekir (14). Ayrıca, yapılan açıklamalar tam olmalı; eksik bırakılmamalıdır. Zira, gerçeğin yarısının veya bir kısmının söylenmesi ile gerçeği söyleme yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılamayacağı gibi, kısmen ortaya çıkmış gerçeklere dayanarak hakimnin gerçeklere uygun, maddi hakikati yansıtan bir karar vermesi de mümkün olamayacaktır. Özellikle, eksik bilgi verilmesi, aynı zamanda gerçeğe aykırı bir durumu da ortaya çıkarıyorsa, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı dav-

(11) Gerçeği söyleme yükümlülüğünün tarihi gelişimi için bkz. Eisele, Hans: Die Wahrheitspflicht, Freiburg 1936; Hug s. 45 vd.; Gerold: Die Wahrheitspflicht im heutigen Zivilprozess 1935.

(12) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: Zivilprozessordnung, 52. Aufl. München 1994, § 138, Nr. 2; Arslan s. 12.

(13) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 2.

(14) Alangoya s. 120; Postacıoğlu, İlhan E.: Mahkeme İçtihatları Bakımından İkranın Tecezzisi Meselesi, İHFM, C. XII, 1946/2-3, s. 612; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 2.

ranılmış olmaktadır. Gerçeği söyleme yükümlülüğü, tarafların, gerçeği (hakikatı) eksik bilgilerle (beyanlarla) saptırmamalarını, değiştirmemelerini gerektirir (15). Belirtmek gerekir ki, sözkonusu yükümlülük, ispat yükü probleminden bağımsız olarak taraflara yüklenmiştir (16).

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, güvenilir bir yargılamayı teminat altına almalıdır. Taraflara yüklenen bu yükümlülük, aslında doğruluk ve güven kuralının yargılamadaki bir etkisi, uzantısıdır. Bu nedenle hiçbir taraf, bilerek, gerçek olmayanı, yani doğru olmadığını bildiği bir şeyi davaya getirmemeli; bilerek yalan söylememelidir. Keza, durumun açıklığa kavuşturulması için gerekli olan bir vakıyı, olguyu gizlememelidir.

C - HUKUKİ DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANI

I - Hukuki Düzenleme

Bazı yabancı usul kanunlarında (Örneğin Alman Usul Kanunu § 138 (17), Avusturya Usul Kanunu § 178 (18); İtalyan Usul Kanunu m. 88 gibi tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü açık bir hükümle düzenlenmiştir. Züriçh, Bern, Cenevre gibi bazı kantonların usul kanunlarında da benzer hükümler bulunmaktadır (Züriçh m. 90, Bern m. 42, Cenevre m. 492). Kaynak Nöşatel kantonu Usul Kanunu'nda § 204'deki, (m. 230, I) düzenleme dışında gerçeği söyleme yükümlülüğü ile ilgili bir hüküm içermiyordu. Yeni hazırlanan ve 1 Nisan 1992'de yürürlüğe giren tasarının (19) 422. maddesinde davada kötü niyetli hareket eden taraf vekiline 500 Franklık disiplin cezası verilmesi öngörülmüştür.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzda (HUMK) bu yükümlülüğe ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, hukukumuzda tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğünün bulunmadığını söylemek mümkün

(15) Hug, s. 31.

(16) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 3; (Arens, Peter: Zur Aufklaerungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZJP, 1983 Bd. 96, s. 1 vd.

(17) Bu hüküm Alman Usul Kanunu'na (ZPO) 1933 tarihinde yapılan değişiklikle alınmıştır (Stein/Jonas § 138, Nr. 1). "Suiniyetle dâva ikame ve takibine karşı ötedenberi mücadele edilmiştir. Ezcümle müşterek Alman usul hukukunda son zamanlara kadar rol oynamış olan bir tedbir, "Columnieneid" müessesesi bu gayeye hizmet ediyordu, buna göre taraflar dâvanın bîdayetinde, hüsnüniyetle hareket edeceklerine ve bile bile hakikate uymayan iddialarda ve aslı olmayan taleplerde bulunmayacaklarına dair yeminle teminat vermeğe mecburdular." Guldener. M.: Treu und Glauben im Zivilprozess, SJZ 1943/25-26 (Çev: Tahir Çağa: Hukuk Muhakemeleri Usulünde âfakî hüsnüniyet esası, AÜHFD 1946/2, 3, 4 s. 652).

(18) Bkz. Holzhammer, Richard: Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. Wien, New York 1976, s. 127-128, 153-154.

(19) Arslan s. 20, dn. 6; Sungurtekin, Meral: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, s. 316, dn. 513; ayrıca bkz. Bauer, A. (Çev: S. Öztekin) Yeni Nöşatel Usul Kanunu (Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Yayını No: 543, Hukuk Fakültesi Yayını No: 6, s. 403-447.

değildir. Gerek, HUMK'da, gerek diğer kanunlarda yeralan bazı hükümlerden hareketle, hukukumuzda da tarafların davada gerçeği söylemekle yükümlü oldukları sonucuna varmak mümkündür (20). Bununla birlikte, bazı yabancı usul kanunlarında olduğu gibi, HUMK'muzda da gerçeği söyleme yükümlülüğünün açıkça düzenlenmesi, bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi açısından yararlı olacağı gibi; bu yükümlülüğün uygulama imkânını da artıracaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bütün hakların kullanılması sırasında dik-kate alınması gereken dürüstlük kuralına (MK m. 2) dava ve savunma hakkının kullanılması sırasında da uygun davranmak gereklidir (21). Bunun bir gereği olarak davacı davasını açarken (22), dava dilekçesini hazırlarken (HUMK m. 179/3) dürüst davranmak ve gerçeği söylemekle yükümlüdür. Keza davalı da savunmasını yaparken ve cevap lâyihasını hazırlarken (HUMK m. 200, 201/1) aynı şekilde hareket etmek zorundadır (23). Bu zorunluluk davacının davasını

- (20) "Her ne kadar bu yükümlülük, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda (örneğin, ZPO § 138, l'de olduğunun aksine) açıkça belirtilmemişse de, yasanın susmasının önemi yoktur; çünkü, gerçeği söyleme yükümlülüğünün varlığı, yargılamanın amacından anlaşılır." Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İsbat Yükü, 2. B., İstanbul 1980, s. 197; Arslan s. 117, 87 vd; Alangoya s. 120-121; Üstündağ s. 471; Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 152, 179 vd., 195 vd.; Berkin s. 424 vd.; Bilge/Önen s. 277, 299, 301; Ansay, 5. Ş.: Hukuk Yargılama Usulleri, 7. B., Ankara 1960, s. 152 vd; Tanrıver, Süha: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu (TBB, 1993/2, s. 235); Sungurtekin s. 315 vd.; İBK 30.9.1988, 2/2 (YKD 1989/2, s. 149-159); Guldener, M.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s. 189, 327.
- (21) Arslan s. 71 vd; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 5. B., İstanbul 1990, s. 598; (Kuru-HMU I); Berkin s. 424-425; Tanrıver s. 235-236; Yeğengil, Rasih: Dava ve Müdafaa Hakkının Sui İstimali ve Bundan Mütevellit Hukukî Mesuliyet (ABD 1944/8, s. 6 vd.); Guldener s. 647 vd.; Gerwig, Max: Art. 2 ZGB und die Wahrheitspflicht im Prozess (Festgabe für August simonius, Basel 1955, s. 94. Bir görüş, dürüstlük kuralının, medeni usul hukukunda da geçerliliğini kabul etmek için MK m.2'ye (Art. 2 ZGB) dayanmanın zorunlu olmadığını, sözkonusu kural olmasaydı dahi; hakimın, adalet ve hukuk düşüncesinden doğan bu yükümlülüğü taraflardan isteyebileceğini belirtmektedir (Hartmann, Karl: Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, SJZ 1949/15, s. 231 vd.). Aynı şekilde Guldener'de (s. 662), davada kötüniyetle yapılan bir işlemin sonuçsuz bırakılması için kural olarak objektif iyiniyet esasına dayanmaya gerek olmadığını belirtmektedir. Yargıtay'ın da bu konuya ilişkin kararları vardır: Örneğin HGK'nun bir kararında kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmak amacıyla davayı kabul yoluna gidilemeyeceği, bunun MK m.2 hükmüne aykırı düşeceği belirtilmektedir. HGK 9.12.1964, 298/701 (AD 1965, s. 1083-1085).
- (22) "Dava hakkının gayesi ihtilâfa mahal vermiş veya riayet edilmemiş olan bir hakkın adliye tarafından kat'i olarak tesbit edilmesidir. Dava hakkının bu gayelerden başka maksadlar için kullanılması haksız bir fiildir. Binaenaleyh, bir kimsenin ağır bir ihmâl neticesinde kendini haklı zannederek veya kasden, haklı olmadığını bilerek ...dava açması dava hakkını gayesi haricinde kullanması olup haksız fiildir." Belgesay, M. Reşid: Hakkın Suiistimali (İz. BD 1938/1-13, s. 214); aynı yönde Berkin, Necmeddin M.: Dava Hakkının Suiistimali (İl. HD 1946/), s. 51).
- (23) "Müdafaa hakkının da muhtelif sebeplerle suiistimal edildiği görülmektedir. Müddeialehy borcunu ödemeği geciktirmek için, veya davaya tesiri olmayacağı bazı aşıkâr hususları alenen münakaşa edebilecek maksadile, yahut hasmın vaziyetinden istifade ümidile haklı olduğunu bildiği bir iddiaya karşı kendini müdafaa etmesi veyahut faydasızlığına kani olduğu bir müdafaaı yapması hakkın suiistimalidir." (Belgesay-Hakkın Suiistimali s. 214).

dayandırdığı vakıaların, davalının da savunmasını dayandırdığı vakıaların gerçeğe uygun bir şekilde mahkemeye bildirilmesine ilişkindir. Şu halde, genel olarak, davada, dürüstlük kuralı (MK m. 2) gereğince, tarafların hukukumuzda da gerçeği söyleme yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir.

Keza, HUMK'nun değişik hükümleri, özellikle 75,II,III; 78,II;90; 179/3; 202,I; 213,I; 214; 230; 418; 421; 422 (24), (25); 445/7 inci maddeleri gözönüne alınarak, genel bir değerlendirme yapıldığında, tarafların gerçeği söylemekle yükümlü olduğu, hakimi yanıltmamaları gerektiği, hakim tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunma vasıtalarının gerçeğe uygun olduğu (vakalar) konusunda aydınlatılması ve ikna edilmesi gerektiği hemen anlaşılacaktır. Ayrıca, tarafların davada sorgulanmasına (isticvabına) ilişkin m. 230, I'ın ilk cümlesinde "tahkikat hakimi iki taraftan her birini re'sen veya talep üzerine isticvap edebilir. Hakim isticvap edeceği tarafa evvelemirde hakikati olduğu gibi söylemesi hakkında vesaada bulunabilir" demektedir. Görüldüğü gibi, bu hükümde de, kanunkoyucu tarafların gerçeği söylemelerini istemiş ve bu konuda ayrıca hakime taraflara gerçeği söylemeleri konusunda nasihatle bulunma yetkisi vermiştir.

Keza, 339 uncu maddeye göre de, yemin edecek tarafın, sorulan sorulara hakikate uygun cevap vermesi ve hiçbir şey saklamaması gerekmektedir.

II - Uygulama Alanı

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, esas olarak HUMK'unda ve diğer kanunlarda düzenlenen bütün dava ve yargılama usulleri için, yargılama yapan bütün yargı mercilerinde, hükmün temyizi ve icrası aşamasında da uygulanır. Keza, hakem yargılamasında da uygulama alanı bulur (26).

Sözkonusu yükümlülük, yukarıda da belirtildiği gibi, yargılamanın sadece sözlü kısmına ve duruşmalara ilişkin olmayıp, mahkemeye yazılı olarak sunulan dilekçeler için de geçerlidir (27).

(24) "Kanunumuz, bazı maddelerinde "suiniyet" halini düzenlemekle yetinmemiş, "bir güne hakkı olmadığı halde dava ikame eden tarafın" da kanunî masraftan başka bazı ödemelere mahkûm edilebileceğini öngörmüştür. HUMK m. 421 de hasmın vekili arasında kararlaştırılan vekalet ücretini de ödemeye mahkûm edilebileceği, m. 422 de de para cezasına mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir. bu hükümler dürüstlük kuralının bir alt bölümü olarak görülen "doğruluk ödevini" düzenlemektedirler. Kanunumuz, ayrıca doğruluk ödevinin ayrılmaz bir parçası olarak ele alınması gereken, bildirim eksiksiz yapılması gereğini de m. 179 b. 1 (3) ve m. 202 f. 1 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır." Alangoya s. 120; aynı yönde Berkin s. 425.

(25) "Bir kimsenin haksızlığını bilerek mahkemeye müracaat etmesi veyahutta aleyhine dâva ikamesine sebebiyet vermesi yahutta aleyhine ikame edilen dâvada yersiz ve lüzumsuz müdafaada bulunması usulün 422 inci maddesinin uygulanabilmesi için kâfidir." (Berkin-Dava Hakkının Sulıstimalı s. 52).

(26) Bkz. BGH 23, 198 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 5;

(27) Alangoya s. 121; Stein/Jonas § 138, Nr. 6.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, davacı veya davalı taraf olmasına bakılmaksızın davanın her iki tarafı için de geçerlidir (28). Söz konusu yükümlülük, tasfiye memuru, iflâs idaresi gibi belirli bir malvarlığını görevi gereği temsil eden ve bu nedenle davada taraf durumunda bulunanlar için de aynı şekilde uygulama alanı bulmalıdır. Yükümlülük, ihtiyari ve mecburi dava arkadaşları için, davaya asli veya fer'i olarak müdahale edenler için de uygulanmalıdır (29).

Davanın taraflarından biri davada veli, vasi gibi kanuni temsilci tarafından temsil ediliyorsa, gerçeği söyleme yükümlülüğü, tıpkı taraflar gibi kanuni temsilciler için de geçerlidir (30).

Taraflar kendilerini iradi temsilci (avukat) aracılığı ile temsil ettiriyorlarsa, gerçeği söyleme yükümlülüğü aynı şekilde avukatlar için de sözkonusudur (31). Bu durum , uygulamada, taraflar için, davada telâfisi güç zararlara neden olabilecek derecede önemli, fakat genellikle gözden kaçırılan bir husustur. Bir avukat, karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaları, ancak o iddiaların doğru olmadığına kanaat getirmişse, karşı iddia da bulunarak onları tartışmalı hale getirebilir. Yoksa gerçeğe aykırı bir şekilde ve keyfi olarak, karşı tarafın ileri sürdüğü hususların geçerli olmadığını iddia etmemelidir. Keza, avukat, müvekkilinin kesinlikle doğru olmadığını bildiği iddialarını benimseyip davada ileri sürmemelidir (32). Avukat, müvekkilinin verdiği bilgilere güvenebilir; bunların doğruluğuna ilişkin bir araştırma yapmak zorunda değildir. Ancak, müvekkilin verdiği bilgiden şüpheye düşülmesini gerektiren haklı bir sebebin bulunması halinde araştırma için gerekli bilgi ve belgelere ulaşmak mümkün ise, müvekkilin verdiği bilgiler kontrol edilmelidir (33).

D - KAPSAMI

Medenî usul hukukunda gerçeği söyleme yükümlülüğünü inceleyen bazı eserlerde (34), tarafların, gerçeği söyleme (Wahrheitspflicht) ve aydınlatma yükümlülüğü (Aufklaerungspflicht) ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, gerçeği söyleme yükümlülüğü olumsuz (negatif), aydınlatma yükümlülüğü ise

(28) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 2.

(29) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 6.

(30) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 2.

(31) Alangoya s. 121; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 2; Sungurtekin s. 318.

(32) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 8;

(33) Sungurtekin, s. 319.

(34) Von Hippel, Fritz: Wahrheitspflicht und Aufklaerungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt 1939, s. 40 vd., *381; Hug s. 5-6; Arens s. 6.

olumlu (pozitif) bir nitelik taşımaktadır (35). Buna göre, gerçeği söyleme yükümlülüğü, taraflar ve onların yardımcıları gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyecek veya güçleştirecek olan her şeyi yapmamakla yükümlüdürler; mahkemeye sundukları iddia ve savunmalarında gerçeklerden sapamazlar, şekilde tanımlanmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü ise, dava konusunun aydınlatılmasında taraflar ve onların yardımcıları mümkün olduğunca birlikte çalışmak ve kendilerine düşen yükümlülükleri dikkat ve özenle yerine getirmeledirler (36) şeklinde açıklanmaktadır.

İncelememizde, bu ayırımın ayrıntılarına girmeyeceğiz. Ancak belirtmek isteriz ki, bu ayırım esas alınınca, incelememizin kapsamı, tarafların, olumsuz (negatif) yükümlülüklerine ilişkin olmaktadır.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları fiili sebeplere yani vakialara (37) (ve delillerine) ilişkin olabilir (38). Zira, sadece vakıalar gerçek veya gerçek dışı olabilir (39) ve hukukumuzda davanın temeli vakılardır (40). Bu durum, gerçeği söyleme yükümlülüğünü pozitif olarak düzenleyen Alman Usul Kanunu § 138,1'de de açıkça belirtilmiştir. Üçüncü bir kimse tarafından tahkik ve kontrole açık olan bütün dahili ve harici (oluşumlar) vakıalar, değer hükümleri, alım-satım, fesih gibi hukuki durumlar, tecrübe kuralları bu kapsama dahildir (41). Tarafların, bu durumları mahkemenin kararı için esaslı sayıp saymamalarının önemi yoktur; önemli olan onların ileri sürülüp sürülmemesidir. Davacının, farklı dava sebeplerinden birini veya birkaçını ileri sürmesi mümkündür. Bir hakka engel olan veya ortadan kaldıran vakıaları davacının ileri sürmesi zorunlu değildir; zira, burada, onları ileri sürme ve ispat etme yükümlülüğü davalıdadır. Ancak, davacı, bir hakka engel olan veya ortadan kaldıran bir vakıayı biliyorsa ve bundan emin ise gerçeği söyleme yükümlülüğü gereğince onları gizlememelidir. Örneğin, bir borcun ödenmesini dava eden davacı, dava konusu borcun ödendiğini veya bizzat kendisi tarafından ibra edildiğini yahut süre verildiğini biliyorsa, gerçeği söyleme yükümlülüğüne

(35) Hippel s. 392.

(36) Hippel, s. 381.

(37) Alangoya, s. 121.

(38) Guldener, s. 662.

(39) Stein/Jonas § 138, Nr. 2.

(40) Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 5. B., İstanbul 1990, s. 1089 (Kuru-HMU II).

(41) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 13.

aykırı hareket etmektedir (42). Ayrıca, bir taraf, diğer tarafın, kendisine karşı bir karşı dava açmak için zemin oluşturacak vakıaları ileri sürmek zorunda değildir. Davalı da, kendisince bilinen bütün savunma vasıtalarını kullanmak ve ileri sürmek zorunda değildir.

Taraflar, iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları gerçeğe uygun olarak mahkeme önüne getirmekle yükümlü olmakla beraber, ileri sürdükleri vakıaların hukuki nitelemesini, hukuki açıklamasını da gerçeğe uygun olarak yapmak zorunda değildirler. Hakim, bunların hukuki nitelemesini yapmak ve hukuk kurallarını kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür (HUMK m. 76/c.1; MÖHUK m.2) (Jura novit curia). Şüphesiz, taraflar, özellikle avukatla temsil ediliyorlarsa, ileri sürdükleri durumun hukuki nitelemesini de kendi menfaatleri doğrultusunda yapabilirler. Ancak, bunun gerçeğe uygun olması zorunluluğu yoktur.

Davada yabancı hukukun uygulanması gerekli ise, bu takdirde, MÖHUK m.2'ye göre hakim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır (43).

E - GERÇEK KAVRAMI VE SINIRLARI

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne ilişkin olarak taraflardan ne istenmektedir? Tarafların iddia ettikleri hususlar objektif olarak gerçeğe uygun olmak zorunda mıdır?

Kelimenin asıl anlamına uygun olarak tarafların düşündükleri ve ileri sürdükleri hususların, fiili durumla yani objektif olarak ortaya çıkan, gerçekleşen sonuçla tam olarak uygun olmasını hiç bir hukuk kuralı emredemez. Sadece tarafların, iddialarını dayandırdıkları vakıaları, fiili durumları mahkemeye kendi kanaatlerine göre gerçek olduğuna inandıkları şekilde sunmaları istenebilir. Buna

(42) Stein/Jonas § 138, Nr. 7. "Bilfarz elindeki senedi borçlusuna teslim etmiş olduğu halde, kaybettini zannederek borcunu ödemişse senedinin ibrazını, senet bulunmadığı surette ödediği iddiasını yeminle temin etmesini isteyen alacaklının bu maksatla mahkemeye müracaatı, ...sonrada haksız çıkması hasebile onun suiniyetinin (gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davrandığının) delili addolunamaz." (Berkin - Dava Hakkının Suiistimali s. 52).

(43) HUMK m. 76, c.2 ve 3'de yer alan "Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lâzım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk Kanunları mucibince hükmolunur" kuralı, MÖHUK m.2 ile yeniden düzenlenmiş ve HUMK m.76, c.2 ve 3 zımnen yürürlükten kaldırılmıştır (Kuru,Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. B., Ankara 1995, s. 331).

göre gerçeği söyleme kuralı, fiilen gerçekleşen olaylar, tek tek insanların, onları bireysel olarak duyu organları ile algılayış ve idrak ediş şekillerine göre davada iddia (veya savunma) olarak ileri sürülebilmesi şeklinde kendini göstermektedir. Davanın tarafları şu halde, mahkemeye bildirmek istedikleri herhangi bir durumu (vakıayı) sadece kendi sübjektif algılayış şekillerine (intibalarına) dayanarak mahkemeye aktaracaklar ve ilgili yaşam kesitini, kendi görüş ve anlayışları doğrultusunda ve kendi hafızalarındaki şekliyle ileri süreceklerdir (44).

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, tarafların objektif olarak gerçek olanı söylemelerine ilişkin olamaz. Çünkü, böyle bir yükümlülük insana yüklenemez. Bu nedenle, yükümlülüğün sübjektif olarak yerine getirilmesi yeterli sayılmalıdır (45). Zira, gerçeğin objektif olarak tespiti mahkemenin işidir ve taraflarca genellikle henüz bilinmemektedir (46). Bu nedenle, örneğin, gerçek olduğuna inanarak, gerçeğe aykırı bir durumu ileri süren taraf, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uygun davranırken; bizzat kendisinin inanmadığı bir durumu ileri süren taraf, o durum fiili gerçeğe uygun olsa dahi gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl etmektedir (47). Keza, davacının davasının ispat edilememesi ve bunun için davalının beyanlarına dayanılmasının gerektiği hallerde, davacı davalının beyanlarının doğruluğundan emin olamayacağından, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı bir davranış söz konusu olmaz (48).

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, bir davanın açılmasında, yürütülmesinde ve sonuçlandırılmasında, ona olan güvenin sağlanmasına, davanın güvenilirliğinin temin edilmesine ilişkindir. Bu niteliğiyle gerçeği söyleme yükümlülüğü, dürüstlük ve güven kuralının davadaki uzantısı veya yargılamaya genel olarak yansıtış şeklidir. Bu kuralın da bir gereği olarak, hiç bir taraf kasıtlı olarak gerçeğe aykırı bir durumu ileri sürmemelidir; ne iddiada bulunurken, ne de karşı tarafın iddialarını tartışmalı hale getirirken bilerek yalan söylememelidir (49). Buna göre, gerçeği söyleme yükümlülüğü, taraflara yönelik olarak iki şey emretmektedir: 1- Tarafların verdikleri bilgiler (sübjektif olarak) gerçeğe uygun olmalıdır, 2- Bir taraf, karşı tarafın iddia ettiği hususların doğruluğunu biliyorsa, onları tartışmamalı, tartışmalı hale getirmemelidir (50).

(44) Hug s. 7; Alangoya s. 121.

(45) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 2; Stein/Jonas § 138, Nr. 2; Hug s. 6-7; Holzhammer s. 153.

(46) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 15.

(47) Hug s. 7.

(48) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 4.

(49) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 16; Alangoya s. 121.

(50) Welzel, Hans: Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, Berlin und Leipzig 1935, s. 7; Jauernig s. 88.

Taraflar, bununla beraber, kesin olarak bilmedikleri veya emin olmadıkları konularda açıklamada bulunabilirler, o konuyu tartışmalı hale getirebilirler (51) ve durumun özelliğine göre, birbiriyle bağdaşan birden fazla iddiayı seçimlik olarak ileri sürebilirler. Örneğin, davalı, dava konusu alacağı ödemiş olabileceğini düşünmektedir; ancak, bundan emin değildir. Bu durumda, davalı alacağı ödemediğini, en azından kendisine süre verildiğini ileri sürebilir. Buna karşı, davalı, borcun ödendiğine ilişkin bir makbuz bulmak amacıyla, zaman kazanmak için borcu inkâr etmemelidir. Taraf, bir durumdan, vakiyadan belirli bir sonuca nasıl ulaştığının hesabını mahkemeye kural olarak vermek zorunda değildir (52). Taraf, açıklama yapmadan önce, kendi organına, memuruna ve avukat veya ekonomi, vergi danışmanı gibi diğer görevlilere istinat edebilir; belgelerini gözden geçirebilir (53), işten ayrılan görevlilere sorabilir, o konuya ilişkin olarak belge, yer vb. konularda hafızasını tazeleyebilir (54).

Bir taraf, karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaların gerçek olmadığını bilmesine rağmen, onların aksini iddia etmeyerek kendisine karşı geçerli hale getirebilir; keza, kendi lehine olan bir durumu da ileri sürmeyebilir (55).

Bir taraf, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulması halinde şeref ve haysiyetine zarar geliyor veya cezai soruşturma tehlikesi ile karşılaşlıyorsa, bu takdirde, gerçeği söyleme yükümlülüğü kabul edilmemektedir (56).

F - DAVAYA HAKİM OLAN İLKELER VE GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I - Genel Olarak

Bir davada, tarafların ve o davaya bakan hakimin hak ve yetkileri bir takım ilkelerce belirlenmektedir. Bu ilkeler, HUMK'muzda açıkça düzenlenmiş değildir; bununla beraber, HUMK'nun bu konuya ilişkin değişik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, hukukumuz açısından da, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, bir takım ilkelerin davaya hakim olduğunu görürüz. Bu ilkelerin, hu-

(51) Bu durum, Alman Usul Kanunu m.138,IV'de açıkça düzenlenmiştir; hüküm şu şekildedir: Bilgi sahibi olunmadan yapılan bir açıklama, ancak, açıklamanın, sözkonusu tarafın kendi davranışı veya idrakiyle bağlantılı bir konuya ilişkin olmaması halinde geçerlidir. Ayrıca bkz. BGH, 25.2.1958 (ZZP 71, s. 364-365), Jauernig s. 88; Welzel s. 8-9.

(52) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 17.

(53) Bkz. örneğin, BGH (NJW 1987, s. 1479).

(54) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 3.

(55) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 17.

(56) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 5; Stein/Jonas § 138, Nr. 9; RGZ 156, 269; (Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, s. 366, dn. 103'den naklen); farklı görüşte Stürmer, R.: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, s. 174 vd.

kukumuz açısından da geçerli olduğunda bir tereddüt yoktur (57).

Hakimin ve tarafların davadaki durumunu belirleyen ilkeler genel olarak şunlardır: Tasarruf ilkesi, kendiliğinden harekete geçme ilkesi, taraflarca hazırlama ilkesi ve kendiliğinden araştırma ilkesi, hakimin hukuk kurallarını kendiliğinden uygulaması, çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkesidir.

İncelememiz açısından gerekli olmadığı için, bütün ilkeleri ayrıntılı bir şekilde burada incelemeyeceğiz. Hakimin ve tarafların davadaki durumlarını açıklayan tasarruf ilkesi, kendiliğinden harekete geçme ilkesi, taraflarca hazırlama ilkesi, kendiliğinden araştırma ilkesi, tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü açısından önem taşıdığı için kısaca değineceğiz. Ancak belirtmek gerekir ki, kendiliğinden harekete geçme ilkesi ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda kamu yararı ve kamu düzeni nedeniyle hakim, ya kendiliğinden harekete geçmekte veya tarafların ileri sürmüş oldukları (dava ve cevap dilekçelerinde belirttikleri) vakıalarla yetinmeyip ileri sürülmeyen birtakım vakıaları da araştırabilmekte ve ikrar hakimi bağlamamaktadır. Bu nedenle, sözkonusu ilkelerin uygulandığı davalarda, hakim tarafların gerçeği söyleyip söylemediklerini kamu yararı nedeniyle kendiliğinden araştıracaktır ve gerçek olmadığına kanaat getirdiği vakıaları dikkate almayacaktır (58). Buna karşı, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri ve taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim tarafların gerçeği söyleyip söylemediğini kendiliğinden yukarıdaki şekilde sınırsız olarak araştıramayacaktır ve tarafların tasarruf yetkisi sınırlandırılmayacaktır.

Görüldüğü gibi, tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü birtakım zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, gerçeği söyleme yükümlülüğü karşısında, sözkonusu ilkelerin durumunun ayrıca incelenmesinde yarar vardır.

II - Taraflarca Hazırlama İlkesi

Taraflarca hazırlama ilkesi, iddia ve savunmanın temeli olan vakıaların ve bunları ispat etmek için gerekli olan delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesidir (59). Bu ilkeye göre, hakim, incelemesini taraflarca mahkemeye bildirilmiş olan vakıalar ve deliller üzerinde yapar. HUMK m. 75,I gereğince de, "kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen nazarı dikkate alamaz ve onları

(57) Kuru/Arslan/Yılmaz s. 326 vd.; Kuru-HMU II s. 1320 vd; Alangoya s. 2 vd.

(58) Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmamasının sonuçları için bkz. a.ş.a. s. 200, dn. 106 vd.

(59) Kuru/Arslan/Yılmaz s. 327 vd.; Kuru-HMU II s. 1322; Alangoya s. 3.

hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz." Buna göre, hakim, taraflarca getirilen dava malzemesini ve delil araçlarını kararına temel alabilir. Fiili durumun açıklanması, dava malzemesinin getirilmesi, onların tespiti ve kapsamı bu ilke gereğince taraflara düşen bir görevdir (60).

Taraflarca hazırlama ilkesi, tanımdan da anlaşılacağı gibi, tarafların dava konusu üzerindeki tasarruf yetkilerine ve iradelerine öncelik tanımaktadır. Bu ilke, daha çok şekli gerçek; gerçeği söyleme yükümlülüğü ise maddi gerçeğin bulunmasıyla yakından ilgilidir (61). Hemen her usul kanunu, davanın açılmasından sonra da, tarafların yapmış oldukları usul işlemlerine belirli ölçülerde etki tanımıştır. Eğer, taraf usul işlemlerine, gerçeği söyleme yükümlülüğünü dikkate almaksızın tam olarak sonuç bağlanırsa, bu takdirde, şekli gerçekliğe ağırlık verilmiş olur. Böyle bir durum, (medeni) hukuk davalarını, taraflar için bir mücadele alanı olarak gören ve davada yalan söylemeye kadar her türlü taktiği mübah gören liberal anlayışa uygundur. Fakat bu görüş, günümüzde aşılımıştır (62). Ancak, davanın açılmasından sonra da tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmaya devam ettikleri de bir gerçektir.

Görüldüğü gibi, taraflarca hazırlama ilkesi ile tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü arasında bir çatışma göze çarpmaktadır. Acaba taraflar kendi aralarında anlaşarak gerçeğe aykırı iddia ve savunmada bulunarak gerçeği söyleme yükümlülüğünü bertaraf edebilirler mi, yoksa taraflarca hazırlama ilkesine rağmen gerçeği söyleme yükümlülüğü var mıdır ve taraflarca hazırlama ilkesini sınırlar mı?

Bu konuya ilişkin olarak ileri sürülen görüşleri iki ana grupta incelemek mümkündür: Bir görüşe göre (63) tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü, gerek tasarruf ilkesine, gerekse taraflarca hazırlama ilkesine rağmen vardır ve bu ilkelerin üstündedir, gerektiğinde onları sınırlayabilir; ayrıca gerçeği söyleme yükümlülüğü, taraflarca hazırlama ilkesi ile de tümüyle çelişki içinde değildir (64).

Diğer bir görüşe göre (65) ise; gerçeği söyleme yükümlülüğü, bu gün, da-

(60) Hug s. 33-34.

(61) Arslan s. 119.

(62) Olzen ZYP 98, s. 416-417; Welzel s. 11 vd.; Arslan s. 119; Üstündağ s. 4.

(63) Olzen ZYP 98 s. 416 vd., 420; Baumgaertel ZYP 69, s. 105; Hug s. 32 vd.; Arslan s. 119-122; Eisele, Hans: Die Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO, Diss., Freiburg 1936, s. 17, 28 vd.

(64) Stein/Jonas § 138, Nr. 1; Welzel s. 11.

(65) Philipps, Alexander: Wahrheitspflicht, Prozessbetrug und Prozessschikane, in Festschrift für Franz Liszt, Berlin 1911, I 2 b), 4 b,d), (Eisele s. 15 dn. 22'den naklen); Kofka, Johannes: Die Wahrheitspflicht des Anwalts in bürgerlichen Rechtsstreit (JW 1913, s. 1077 vd.; Hagemann: Die Wahrheitspflicht des Anwalts im bürgerlichen Rechtsstreit, (JW 1913, s. 1080-1081); Schmidt, R.: Die Lüge im Prozess, (DRZ 1909, s. 39 vd.), (Hug s. 11, dn. 16'dan naklen); Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65 VIII 5 (s. 366).

vanın üzerine kurulduğu en temel ilkelerle ve öncelikle tarafların tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlama ilkesi ile çatışma içerisinde; madem ki gerçeği söyleme yükümlülüğü, sözkonusu ilkelerle bağdaşmamaktadır; bu durumda, böyle bir şey olamaz; taraflardan da buna uygun davranması istenemez; bu yükümlülük, öngörülmuş uygun bir postulat, serbest bir buluş, ideolojik veya kavramsal açıdan öngörülmuş bir teoridir; gerçeği söyleme yükümlülüğünün, ikrar (kabul ve feragat) halinde de uygulanması kabul edilemez; zira, kanunlarda (örneğin ZPO S 290) bu konuya ilişkin özel hükümler vardır, aksi takdirde bu hükümlerin bir anlamı kalmayacaktır.

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün, taraflarca hazırlama (ve tasarruf) ilkesi karşısındaki durumuna, diğer bir deyişle, sözkonusu yükümlülüğün taraflarca hazırlama ilkesine rağmen varlığını koruyup korumadığına ve koruyorsa sınırlarının ne olması gerektiğine ilişkin görüşümüzü açıklayabilmek için, hukuk yargılamasının ve taraflarca hazırlama ilkesinin amacından hareket etmek kaantimizce yararlı olacaktır.

Hukuk yargılamasının amacı "doğru ve adil" bir karar vermektir (66). Verilen kararın adil olması, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı, onların arasındaki maddi hukuk ilişkisine uygun olarak, tarafları tatmin edici bir çözüme kavuşturmasının yanı sıra, belki ondan daha önemli olarak, kamuoyunu da tatmin etmeye, toplumsal ve hukuki barışı sağlamaya yönelik olmasını da gerektirir (67). Bu durum da, ancak kararın maddi gerçeklere uygun olması ve yargılamanın, çabuk, basit ve ucuz bir şekilde yapılmasıyla sağlanabilir. Günümüzde, hukuk yargılamasının amacı tespit edilirken, sadece tarafların subjektif haklarının korunması değil; toplumsal barışın da korunması gerekliliği belirtilerek, tarafların subjektif haklarının korunmasının, objektif hukuku korumanın bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir (68). Objektif hukukun ve aynı zamanda da tarafların subjektif haklarının korunarak toplumsal barışa hizmet edebilmek için, kararın şu halde maddi gerçeklere uygun olması gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk yargılamasının amacı sadece şekli gerçekliğe ulaşmak değil, tıpkı ceza yar-

(66) Yılmaz, Ejder: (Medeni Yargılama Hukukunda) Islah, Ankara 1982, s. 6; Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yapılması Gereken Tadilat (İHFM, C. XIII, 1947/1, s. 168); Postacıoğlu, İ.E.: Tecrübeler Işığında Medeni Usul Hukuku, Varılan Noktalar, Muhtemel Gelişmeler (Eilinci Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 336. "Öte yandan Medeni Kanunun 4. maddesi hükmüyle de hakim, adalete uygun karar vermeye çağırılmaktadır. O, menfaatlerin doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zordur." İBK 30.9.1988, 2/2 (YKD 1989/2, s. 158).

(67) Yılmaz s. 6-7; Üstündağ s. 13.

(68) Yılmaz s. 6.

gılamasında olduğu gibi maddi gerçeğliği sağlamaktır.

Taraflarca hazırlama ilkesi, tarafların, kendi menfaatlerini, bizzat kendilerinin takip etmesinin, gerçeğin bulunması için en uygun yol olduğu ilkesine dayanmaktadır (69). Kanunkoyucu, davanın taraflarının, dava konusuna farklı açılardan da yaklaşıarak, gerçek olmayan bir iddiaya (veya savunmaya) itiraz edecekleri, karşı çıkacakları düşüncesinden hareket etmektedir. Bua göre, her iki taraf da kendi kanaatlerine göre gerçek olduğuna inandıkları ve iddia veya savunmalarını dayandırdıkları vakıaları mahkemeye bildirecekler; bir tarafın ileri sürdüğu vakıaların gerçek olmadığını karşı taraf iddia (ve gerekirse ispat) edecektir.

Taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda, gerçeğin ortaya çıkarılması için tarafların karşı karşıya getirilmesi, gerçekten en uygun yoldur. Bu ilke, öngörüldüğu şekilde uygulanırsa usul ekonomisi ve davaların kısaltılıp çabuklaştırılması açısından da olumlu sonuçlar elde edilebilir. Buna karşılık, gerçeğin bulunması konusunda, hakimın tam yetkili hale getirilmesi (resen araştırma ilkesi) ve tarafların bu konudaki etkilerinin azaltılıp, sınırlandırılması ise, davaları, hukuki korumadan kaçınma anlamına gelebilecek şekilde uzatır (70) ve masraflı hale getirir. Nitekim, davaların kısaltılması için bu yönde çalışmalar olmuş ise de, bu güne kadar olumlu bir sonuç alınmamıştır (71). Böyle bir durum, hakimın işlerini son derece güçleştireceği gibi, tarafların dava konusu üzerindeki tasarruf yetkilerinin de belirli bir anlamda maddi hukuk açısından sınırlandırılması sonucunu doğurabilirdi. Şu halde, gerçeğin bulunması için taraflarca hazırlama ilkesinden tümüyle vazgeçilememektedir. Ancak, taraflar, bu ilke gereği kendilerine tanınan yetkileri kötüye kullanmamalıdır; taraflarca hazırlama ilkesi, taraflara keyfi davranma yetkisini vermez; taraflar, gerçeğleşmiş vakıalar üzerinde diledikleri şekilde tasarrufta bulunamamalıdır.

Taraflarca hazırlama ilkesinde, gerçeğin ortaya çıkarılması için tarafların karşı karşıya getirilmesi düşüncesi, isabetli olmakla birlikte; tarafların anlaşarak, mahkemeye kasden, yanlış ve gerçeğe aykırı bilgi vermeleri halinde, işlerlik kazanamayacaktır. Tarafların anlaşarak, bu şekilde gerçeğe aykırı iddia ve/veya savunmada bulunmaları, doğru ve tam bilgilerin menfaatlerine olmaması halinde sözkonusu olabilir.

(69) Olzen ZPP 98 s. 417.

(70) Olzen ZPP 98 s. 417.

(71) Olzen ZPP 98 s. 418, Arslan s. 120.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, taraflarca hazırlama ilkesi, tarafların, gerçeğe uygun dava malzemesini getirmek için en uygun durumda olduğu, tarafların bu ilke gereğince görevlerini yapmaları halinde, hukuk yargılamasının çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde yapılabileceği, doğru ve adil bir karar verilebileceği esasına dayanmaktadır.

Tarafların, gerek hukuk yargılamasının amacına, gerekse taraflarca hazırlama ilkesiyle takip edilen amaca aykırı bir şekilde, gerçeğe uymayan iddia ve savunmada bulunmaları halinde, hakimin, getirilen gerçeğe aykırı bu dava malzemesi ile bağlı olmaması gerekir (72). Tarafların, gerek tek taraflı, gerekse anlaşarak mahkemeye yalan söylemesi halinde, hakim, daha önce bildirilen vakıalardan ve ibraz edilen delillerden, yani dosyadan, ileri sürülen hususların gerçek olmadığını anlayabiliyorsa, duruma göre bunları dikkate almamalıdır. Hakim, tarafların iddia ve savunma sınırları içerisinde, özel bilgisi hariç, dosyadan anlaşılan bilgiler çerçevesinde ileri sürülen hususların gerçek olup olmadığını araştırabilir (73). Hukuk yargılamasının amacının gerçekleşebilmesi, doğru ve adil bir karar verilebilmesi buna bağlıdır. Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk yargılaması, sadece tarafları ilgilendiren bir faaliyet olmayıp, devletin yargı organını ve toplumu da yakından ilgilendirmektedir. Bunun bir gereği olarak da, hakimin, gerçeğe aykırı vakıa ve delillerle bağlı tutulmaması gerekir.

Günümüzde, yukarıda belirttiğimiz olumlu yönlerinden dolayı taraflarca hazırlama ilkesi kabul edilirken, gerçeği bulmak ve hukuk yargılamasını amacına ulaştırabilmek için, diğer bir yönü ile tarafların gerçeğe aykırı beyanda bulunup bulunmadıklarını denetlemek için, sözkonusu ilkeye birtakım sınırlamalar getirilmiştir (74). Bunlar, hakime, davanın aydınlatılması için taraflara sürekli soru sorma hakkının ve hatta görevinin verilmesi; özel hüküm sebepleri, keşif, bilirkişi gibi delillere ve isticvaba kendiliğinden başvurabilmesi; tarafların sunmuş oldukları delilleri serbestçe değerlendirme hakkının tanınması (bkz. örneğin Alman Usul Kanunu S 286) ve taraflara gerçeği söyleme yükümlülüğünün getirilmesidir. Hakim, kendisine tanınan bu yollarla, tarafların gerçeği söyleyip söylemediğini, iddia ve savunmalarında samimi olup olmadıklarını araştırabilir. Böylece, taraflarca hazırlama ilkesi nedeniyle ortaya çıkabilecek birtakım kötü niyetli gi-

(72) Arslan s. 121-122.

(73) Aynı görüşte Olzen ZPP 98, s. 418; Arslan s. 121.

(74) Arslan s. 121.

fişimleri de önlemek mümkün olacaktır. Aslında, kanunkoyucunun, hakime, sözkonusu yetkileri tanıyarak, onun tarafların gerçeği söyleyip söylemediklerini araştırmasını ve bu yolla maddi gerçeğe ulaşılmasını amaçladığını söylemek mümkündür.

Buna göre, hakim, tarafların gerek tek taraflı, gerekse anlaşarak iki taraflı olarak ileri sürdükleri gerçeğe aykırı vakıa ve delillerle bağlı olmayıp, onların gerçeğe uyup uymadığını kendisine tanınan yollarla araştırabilmelidir. Aksi takdirde, hukuk yargılaması amacına ulaşamayacak, toplumsal barış zedelenecek ve gerçeği söyleme yükümlülüğü, dolayısıyla dürüstlük kuralına uyulmaması yaptırımsız kalmış olacaktır (75). Bu yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşlerden ilki, yani gerçeği söyleme yükümlülüğünün taraflarca hazırlama (ve tasarruf) ilkesine rağmen varlığını devam ettirdiğini, onların üzerinde olduğunu ve gerektiğinde onları sınırlayabileceğini, esasen gerçeği söyleme yükümlülüğünün sözkonusu ilkelerle tam bir çatışma içinde olmadığını belirten görüş kanaatimce daha isabetlidir.

Gerçekten, taraflarca hazırlama ilkesi, yukarıda yapılan tanıma göre negatif bir karakter taşımaktadır. Bu ilke, hakimin, hiç bir tarafça ileri sürülmeyen vakıa ve delilleri dikkate alamayacağını ifade etmektedir. Bu niteliğiyle de, taraflarca hazırlama ilkesinin, gerçeği söyleme yükümlülüğü ile çatışması sözkonusu değildir. Bu ilkenin, sübjektif olarak gerçeğe aykırı bir iddiada bulunan tarafın bir yükümlülüğü ihlâl edip etmemesiyle bir problemi yoktur. Zira, burada, fiili durumun gerçeğe uygun olarak açıklanmasına ilişkin yükümlülük hakime değil, bilâkis taraflara yüklenmiştir. Bu durumda, taraflarca hazırlama ilkesi bu yönüyle gerçeği söyleme yükümlülüğü ile çelişki içinde değildir (76).

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, yukarıda belirtilen yönü ile taraflarca hazırlama ilkesiyle bağdaşmasının ötesinde onun bir şartıdır. Eğer, fiili duruma, dava malzemesine ilişkin sorumluluk, taraflara yüklenecekse, bu takdirde onların iddia ve savunmalarını yaparken gerçeğe bağlı kalmaları da şart koşulmalıdır (77).

III- Tasarruf İlkesi

Tasarruf ilkesi, hakimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava konusu ve dolayısıyla dava

(75) Arslan s. 122.

(76) Hug s. 34.

(77) Hug s. 35.

üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunduğu ve hakim tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder (78). Buna göre, tasarruf ilkesi gereğince taraflar, maddi hukuktan doğan hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir (79).

Genel olarak bu şekilde tanımlanan tasarruf ilkesi ile tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü arasında ilk bakışta herhangi bir çatışma göze çarpmamaktadır. Ancak, tasarruf ilkesi gereğince tarafların sahip oldukları birtakım hak ve yetkiler vardır ki, onların da gerçeği söyleme yükümlülüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı araştırılmalıdır.

Gerçekten, taraflar dava açıldıktan sonra da dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerine sahip olmaya devam ettiklerinden; bunun bir gereği olarak, davacı açmış olduğu dava üzerinde, feragat, sulh veya ikrar gibi yollarla tasarrufta bulunabileceği gibi; davalı da davayı kabul etmek, sulh veya ikrar gibi yollarla davası üzerinde tasarrufta bulunabilir.

Tasarruf ilkesi gereğince tarafların sahip oldukları bu hak ve yetkilerden özellikle ikrar ve kabulün gerçeği söyleme yükümlülüğü karşısındaki durumu incelemeye muhtaçtır. Zira bir taraf, gerçeğe uygun olmayan bir vakıyı iddia edebilir ve karşı tarafta bunu ikrar edebilir; aynı durum kabul için de sözkonusu olabilir (80). Özellikle, maddi bir hatadan doğduğu sabit olmadıkça ikrardan geri dönülemez (m. 236, II; ZPO § 290) hükmü ile gerçeği söyleme yükümlülüğü nasıl bağdaştırılacaktır?

Belirtilmek gerekir ki bu konu özellikle Alman hukukunda tartışmalıdır ve buna ilişkin olarak ileri sürülmüş çeşitli görüşler bulunmaktadır:

Bir görüşe göre (81); ikrardan, maddi hatadan doğması halinde geri dönebileceğini belirten hüküm (m.236,II; ZPO § 290) istisnai bir hükümdür; gerçeği söyleme yükümlülüğü ise bu istisnai hükme nazaran genel bir hüküm niteliğindedir. İkrar halinde gerçeği söyleme yükümlülüğü geçerli değildir (veya sınırlandırılmalıdır); aksi takdirde ZPO § 290 anlamsız kalırdı (82).

Böyle bir halde gerçeği söyleme yükümlülüğü tüm etki ve önemini kaybederdi (83). Ayrıca, m.236,II (ve ZPO § 290) hükmünü, bilerek gerçeğe aykırı ikrarda bulunan taraf için bir yaptırım olarak kabul etmek de mümkündür (84).

(78) Kuru/Arslan/Yılmaz s. 326.; Kuru HMU II s. 1320; ALangoya s. 2.

(79) Hug s. 35.

(80) Hug s. 36.

(81) Arslan s. 122 ve aynı sahifede dn. 342; BGHZ 37, 154 vd.;

(82) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 5; Gafner, Max: Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1919, s. 170.

(83) Olzen ZGP 98 s. 420.

(84) Farklı görüşte Bernhardt, Wolfgang: Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess, (JZ 1963, s. 247).

Bir başka görüşe göre (85), gerçeği söyleme yükümlülüğü tarafların tasarruf yetkisi için de bir sınırlama teşkil eder, taraflar bu sınırlamayı aşamazlar; taraflar ikrar ve kabul halinde de bağlayıcı bir kural olarak gerçeği söyleme yükümlülüğüne uygun hareket etmelidirler.

Bu görüş, gerçeği söyleme yükümlülüğü açısından uygun olmakla birlikte, tarafların maddi hukuktan doğan tasarruf yetkilerini sınırlamaktadır. Oysa, etki ve sonuçları sadece, taraflar arasında kalmak şartıyla, taraflar kendi aralarında diledikleri şekilde tasarruf yetkisine sahip olmalıdırlar.

Bir diğer görüş (86), gerçeği söyleme yükümlülüğü karşısında, ikrardan, ancak maddi bir hata olması halinde dönülebileceği kuralını (m.236,II; ZPO § 290) konusuz kalmış olarak görmektedir. Ancak, kanunkoyucu, gerçeği söyleme yükümlülüğüne rağmen, sözkonusu kuralı yürürlükte tutup, ona da bir etki alanı tanımak istemiş olabilir; bunun ötesinde, yukarıda belirttiğimiz gibi, bilerek gerçeğe aykırı ikrarda bulunan taraf için sözkonusu kuralı belirli bir ölçüde yaptırım olarak değerlendirmek de mümkündür.

Bir diğer görüş de (87), ikrar kavramının, ikrar edenin kanaatine göre gerçek vakıalarla sınırlandırılmasını; gerçeği söyleme yükümlülüğü karşısında, ZPO § 288 (m.236,I) anlamında sadece gerçeğe uygun olarak ileri sürülen vakıaların (iddiaların) ikrar edilebilme kabiliyetine sahip olarak görülebileceğini belirtmektedir.

Bu görüş de yukarıda (dn.85) belirtilen görüş gibi gerçeği söyleme yükümlülüğünü esas alıp tarafların tasarruf yetkisine belirli bir ölçüde sınırlama getirmektedir. Ayrıca, gerçeği söyleme yükümlülüğü, zaten sübjektif bir karakter taşımaktadır (88); ikrar eden taraf kendi kanaatine göre gerçeğe uygun hareket ettiği inancındaysa, sözkonusu yükümlülüğe de uygun hareket etmiş demektir.

Taraflarca hazırlama ilkesi için vardığımız sonuçları da dikkate alarak, gerçeği söyleme yükümlülüğü ve tasarruf ilkesi, özellikle ikrar hakkındaki kanaatimi belirtmeden önce ikrara ve niteliğine kısaca değinmek istiyorum: İkrar (89), bir tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü bir vakıanın (veya vakıaların) kendi aleyhine (veya lehine de) (kesin) delil olacak şekilde doğru olduğunu bil-

(85) Hug s. 36 vd.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, Einführung vor § 288-290, Nr. 4; § 290, Nr. 5.

(86) Bernhardt s. 245 vd.

(87) Olzen ZZP 98 s. 421.

(88) Bkz. yuk. dn. 20 civarı.

(89) Burada sözkonusu olan mahkeme içi ikrardır (m.236,I).

dirmesidir (m.236,I). Davalı, davacının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebileceği gibi, davacı da davalının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebilir. HUMK m.236,I'e göre bir vakıanın ikrar edilmesi halinde, o vakıa artık çekişmeli sayılmaz (m.238,II), karşı taraf, o vakıayı ispat etmek için delil göstermek ve onu ispat etmek zorunda değildir. Bu halde, kanunkoyucu maddi gerçeğin araştırılmasından artık vazgeçmektedir. Hakim, usulüne uygun olarak yapılmış, geçerli bir ikrarla bağlıdır, ikrar edilen vakıayı doğru kabul etmek zorundadır (90). Fakat, gerçek olmayan bir vakıa da taraflarca ikrar edilebilir. Böyle bir ikrarın ne dereceye kadar geçerli olduğu incelenmelidir.

Mahkeme içi ikrar, (m.236,I) usule ilişkin bir hukuki işlemdir, bir irade açıklamasıdır (91). İkrar eden, bir vakıa için delil gösterilmesini gereksiz ve belki de şüpheli bir vakıayı mahkeme için şüphesiz hale getirmek istemektedir. Hukuki işleme yönelik bir irade açıklaması olarak, ikrar, gerçeği söyleme yükümlülüğünden uzaklaşmaktadır. Bu durum, bilerek gerçeğe aykırı bir vakıanın ikrar edilmesi halinde de aynıdır; fakat, ikrar (veya tartışmalı hale getirmeme) ile, gerçeğe aykırı vakıa, bu şekilde olmaktan çıkabilir (92). Bu mümkündür; çünkü, dava, geçmişe yönelik katı bir araştırma değildir; tarafların, dava malzemesine, kendi tasarruf yetkileri içerisinde kalmak şartıyla etki etmeleri kabul edilmelidir. Mahkeme tarafından resen araştırılması gereken vakılarda ikrar mümkün değildir veya ikrar yapılırsa bile hakimi bağlamaz. Buna rağmen, böyle bir konuya ilişkin olarak ikrar yapılmışsa, bunu, hukuki işleme yönelik bir irade açıklaması olarak değil, en fazla bilgi açıklaması ve dolayısıyla ispat aracı olarak değerlendirmek gerekir. Bir ikrarın, hukuki işleme yönelik bir irade açıklaması mı, yoksa sadece bilgi açıklaması mı olduğu fiili bir husustur. Fakat ikrar, hukuki işleme yönelik bir irade açıklaması olsa dahi, mecburen bir bilgi açıklamasını da kapsamak zorundadır.

Tümüyle bilgi vermeye yönelik açıklamalar dışında ikrara ilişkin olarak üç ihtimal söz konusu olabilir (93).

1- Karşı tarafça iddia edilen bir vakıayı, kendisi için de şüpheli, belki de gerçek olabileceğini düşünen ve onu kendi açısından yararlı gören taraf o vakıayı

(90) Kuru/Arslan/Yılmaz s. 353.

(91) Eisele s. 25-26.

(92) Goldschmidt, James: Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925, s. 128-129.

(93) Eisele, s. 26 vd.

ikrar ederse, bu takdirde, iddia edilen vakıanın gerçekliğini, mümkün olabileceğini belirten bir bilgi açıklaması sözkonusudur. HUMK m.236,I (ZPO § 288)'de kastedilen durum budur. Burada, karşı tarafça iddia edilen ve şimdi ikrar edilmiş bulunan vakıanın ileri sürülmesi ile gerçeği söyleme, yükümlülüğüne aykırı davranılmışsa, yapılan ikrar ile bu durum düzelmez. İkrar edenin, bir hata sonucu ikrar etmesi nedeniyle, ikrarından tek taraflı olarak dönebilmeye imkânı da (m.236,II; ZPO § 290) bu duruma ilişkindir.

2- Her ne kadar, ikrar eden ikrarıyla bağlı ise de (94), kendi açısından bilerek gerçeğe aykırı ikrarda bulunmuş ve böylece gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranmış olabilir. Hakimin böyle bir ikrar ile bağlı olması, sadece, ikrarın, ikrar edenin aleyhine olması halinde sözkonusu olabilir (95); yoksa karşı tarafın aleyhine olacak bir ikrar sözkonusu ise, hakimin bununla bağlı olmaması gerekir. Zira o, şüpheli bir olayı kendi açısından iyiniyetli olarak ileri sürmüş olabilir.

Taraflar, açık veya zımnî bir şekilde gerçeğe aykırı bir vakıayı iddia ve ikrar etme konusunda anlaşmış olabilir. Örneğin, bir sözleşmede yazılı şekil eksikliği varsa ve taraflar sadece sözleşmenin yorumu konusunda tartışmak istiyorlarsa, bu takdirde, sözleşmenin yazılı şeklini anlaşarak ileri sürmelerine bir engel yoktur. Taraflar, dava dışında, resmî bir makamın katılımı olmaksızın yapabilecekleri, ulaşabilecekleri sonuçlara, dava sırasında usulî bir anlaşmayla da ulaşabilirler (96). Bu şekilde iddia ve ikrar edilen vakıanın, gerçeğe aykırılık durumu sona erer. Bu şekilde yapılan bir ikrarı kabul etmek gerekir; aksi takdirde, taraflar, vakıaları inkâr etmeye ve tartışmaya zorlanır; ki böyle bir inkâr karşı taraf, duruma göre *exceptio doli* (hile itirazı) ile karşı koyabilirdi. Bu sonuç, tarafların özellikle boşanma davalarında bazı konuları dile getirmeme hakları ile de uyum göstermektedir. Zira eşler, evlilik içinde işlenen bazı suçları hukuken geçerli bir şekilde affedebilirler.

3- Bu ihtimalde de, kapsam olarak bir bilgi açıklaması sözkonusudur. Taraflarca iddia ve ikrar edilen vakıa aslında gerçeğe aykırıdır. Ancak, her iki tarafın arzu ve iradesiyle gerçekleşen hukukî işlem niteliğindeki bu durum, hiç bir

(94) Bir taraf, gerçeğe aykırı olarak karşı tarafın lehine ikrarda bulunmuşsa, o, bunun bir yaptırımını olarak ikrarıyla bağlıdır (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman § 290, Nr. 5; Zöllner: Zivilprozessordnung, 18. Aufl. 1993 Köln, § 138 Rdn. 5; Baumgaertel s. 104; BGH NJW 1962/31, s. 1395; BHG 37, 154; Schultze, Volker: Der Streit um die Übertragung der Beweisaufnahme auf den beauftragten Richter, (NJW 1977/10, s. 412).

(95) Zöllner § 290, Rdn. 3; Aynı görüşte Baumgaertel s. 105.

(96) Ancak, tarafların bu şekilde anlaşarak yaptıkları açıklamaların arkasında - buna anlaşmalı susma da dahildir - daha sonra iptale konu olabilecek bir hukukî işlem olabilir; buna dikkat etmek gerekir.

resmî veya özel kanunen korunan bir menfaate aykırı düşmeyebilir. Bununla birlikte, tarafların, örneğin üçüncü kişileri aldatmak ve onlara zarar vermek amacıyla hüküm elde etmek için anlaşmaları ve hakimi yanlış yola saptırmaları yasaktır (97).

Görüldüğü gibi, doğru olmayan bir vakıanın geçerli bir şekilde ikrar edilmesi, şartlara göre gerçeği söyleme yükümlülüğü ile bağdaşabilir ve bu mümkün olmalıdır. Bununla beraber, ikrar eğer gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı ise, bu takdirde geçersizdir ve kendisinden beklenen etkiyi meydana getirmez (98). İkrar, gerçeğe aykırı bir vakıanın ikrarı, ikrar edenin lehine (99); karşı tarafın, üçüncü bir kişinin veya toplumun aleyhine ise (böyle bir durum ikrar edenin de aleyhine olsa), gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırıdır. Bu durumda, ikrar, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak yapıldığından, hakim bununla bağlı değildir (100).

İkrar için getirilen sınırlamalar kabul (ve feragat) için de geçerlidir. Kabul, gerçi, karşı tarafın (davacının) ileri sürdüğü hukuki (neticei) talebe diğer tarafça (davalının) muvafakat etmesidir (m.92). Fakat, burada da bir ikrar vardır ve neticei talebin dayandırıldığı vakıalar doğru kabul edilmektedir. Neticei talebin kabul edilmesi halinde de, gerçeği söyleme yükümlülüğü ihlâl edilebilir (101).

Tasarruf ilkesinin diğer bir sonucu olan, hakimın, tarafların talebiyle bağlı olması ve onların talep ettiğinin dışında ve ondan fazlaya karar verememesi, niteliği gereği, gerçeği söyleme yükümlülüğü ile çatışma içinde değildir; çünkü her ikisinin birbiriyle çatışabilecek temas noktaları yoktur (102).

Gerçeğe aykırı vakıaların ikrarı (veya ikrar edilmiş sayılması) konusu incelenirken m.234'de düzenlenmiş olan ikrar faraziyesine de kısaca değinmek yararlı olacaktır: HUMK m.234'e göre, "isticvap için çağrılmasına karar verilen tarafa, geçerli bir özürü olmaksızın gelmediği veya tertip olunan soruları ce-

(97) Guldener, s. 662.

(98) Tanrıver, s. 221; Eisele s. 28.

(99) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman § 290, Nr. 5.

(100) Borçlu, alacaklılarını veya bunlardan bir kısmını zarara sokmak amacıyla mahkeme huzurunda gerçeklere uymayan bir ikrarda bulunmak veya aslı esaslı olmayan bir davayı kabul etmek suretiyle kendisine, üçüncü bir şahsa bir mal temlik borcunu yükleyen bir hüküm verilmesine neden olduğu takdirde, bu gibi, mal devirlerinin İHK m.277 vd. hükümlerine göre iptali istenebilir (Guldener s. 664).

(101) Bir HGK'da kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmak amacıyla davayı kabul yoluna gidilemeyeceği, bunun MK m.2 hükmüne aykırı düşeceği belirtilmiştir. HGK 9.12.1964, 298/701, (AD 1965, s. 1083), ayrıca bkz. yuk. dn. 21.

(102) Hug s. 38.

vaplandırmadığı takdirde sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılacağı (m.236) çıkarılacak davetiyeye yazılır (bkz. Teb. K.m.9). Çağrılan taraf özürsüz olarak gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkeme sorulan vakıaları ikrar edilmiş sayar."

Görüldüğü gibi, isticvap için kendisine davetiye gönderilen taraf, buna uyup gelmez veya gelip de sorulan soruları cevapsız bırakırsa, hakim isticvaba konu olan vakıaları ikrar edilmiş sayacaktır. Sözkonusu hüküm, bu konuda hakime takdir yetkisi bırakmayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir (103).

Bu durum, özellikle, karşı tarafın gerçeğe aykırı vakıalar ileri sürmesi ve bu vakıaların da m.234 gereğince ikrar edilmiş sayılması halinde, gerçeğe aykırı bir vakıanın ikrar edilmiş sayılmasına neden olacaktır. Böyle bir durum, yukarıda belirttiğimiz (104) usul hukukunun gerçeği bulma amacına ters düşecektir (105). Oysa, m.234 hükmü, kaynak Neuchatel Usul Kanunu m.208'de olduğu gibi, bu konuda hakime takdir yetkisi tanıyıp, hakim, gerçeğe aykırı gördüğü vakıaları ikrar edilmiş saymama (veya ikrar edilmiş sayabilme) imkâmı tanısaydı daha isabetli olurdu. Ancak, m. 234 hükmü, yukarıda belirtildiği şekilde yeniden kaleme alınmaya kadar, mevcut hükmün de, o şekilde anlaşılması ve uygulanması, usul hukukunun gerçeği bulma amacı açısından daha uygun olur. Eğer hakim, bir tarafın ileri sürdüğü vakıaların gerçeğe aykırı olduğunu, diğer tarafın isticvabına karar vermeden önce anlamışsa, artık o vakıalar nedeniyle, hakim talep üzerine veya kendiliğinden isticvaba karar vermemesi gereklidir (106).

G - GERÇEĞİ SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, hukukumuzda, yukarıda da belirtildiği gibi (107) ayrıca ve açıkça düzenlenmediği gibi, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin olarak da özel bir düzenleme yoktur. Bununla beraber, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranışın tümüyle

(103) Bkz. Ömeğin 6. HD 20.3.1984 3412/3491 "Davacı taraf davalıya aralarındaki kira anlaşmasının sözlü olduğunu ve anlaşmanın diğer unsurlarını açıklayıp buna dair bir delil vermediğine göre, HUMK'nun 230 ve sonraki maddelerine göre davalının isticvaba çağrılması, gelmediği takdirde aynı kanun'un 234 üncü maddesine göre iddia olunan hususları ikrar etmiş sayılması... gerekir." (Yasa 1984/4, s. 543). Aynı yönde Arslan s. 123-124, dn. 348; Alangoya s. 126.

(104) Bkz. yuk. dn. 1 vd.; 66 vd.

(105) Arslan s. 124.

(106) Alangoya s. 126, Arslan s. 124.

(107) Bkz. yuk. dn. 20 civarı.

yaptırımsız kalacağı da söylenmez. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması halinde genel olarak, usul hukuku, maddi hukuk (tazminat hukuku) ve ceza hukuku açısından birtakım sonuçlar ortaya çıkabilir. Bunları ayrı ayrı incelemekte yarar vardır.

I - Usul Hukuku Açısından

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması, yani, bilerek gerçeğe aykırı birtakım iddialar ileri sürülmesi veya karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların gerçek olduğu bilinmesine rağmen, onun inkâr edilmesi yahut tartışmalı hale getirilmesi halinde, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olan bu gibi işlem, iddia veya beyanlar mahkeme tarafından tespit edilirse, dikkate alınmayacaktır (108). Bunun bir sonucu olarak, sözkonusu iddia ve beyanlar, mahkeme tarafından verilecek hükme esas teşkil edemeyecektir. Bunun için, bu durumun hükümde tespit edilmiş olması gerekir. Ancak, hakimin, kendisine gerçek görünmeyen iddiaların varlığı halinde, gerçeğin tespiti için (m.75'in sınırları dışında) ayrıca bir araştırma yapması sözkonusu değildir (109).

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmamasının sonuçları, sadece, yargılamanın sonunda, hüküm aşamasında etkisini gösteriyormuş gibi düşünülebilirse de; bu doğru değildir (110). Yukarıda da değinildiği gibi (111) özellikle Alman hukukunda, gerçeğe aykırı olarak ileri sürülmüş bir vakıanın, ikrarı veya ikrar edilmiş sayılması hallerinde dahi, bunun dikkate alınmaması gerektiği; ancak, karşı tarafın bilerek gerçeğe aykırı ikrarda bulunması halinde bunun ikrarıyla bağlı kalması ve o vakıanın ikrar edilmiş sayılacağı belirtilmektedir (112).

HUMK m.244 gereğince yeni bir delil ibraz ve ikamesini isteyen tarafın, bu isteğinin kabul edilip edilmemesinde gerçeği söyleme yükümlülüğü etkili olabilir. Nitekim, hukukumuzda ileri sürülen bir görüş (113), hakimin, yeni bir delil göstermek isteyen tarafın, gerçeği söyleme yükümlülüğünü yerine getirmediğini saptaması halinde bu isteğin kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Görüldüğü gibi, hükmün verilmesinden önce, yargılama aşamasında dahi,

(108) Arslan s. 122-123; Alangoya s. 124; Welzel s. 16; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 7, a; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 63; Stein/Jonas § 138 Nr. 10; Olzen s. 425-426; Zöller § 138, Nr.7; Sungurtekin s. 317.

(109) Alangoya s. 124; Arslan s. 123, dn. 344.

(110) Arslan s. 123.

(111) Bkz. yuk. dn. 81 civarı.

(112) BGH 37, 154 vd.; bkz yuk. dn. 81; Alangoya s. 125; Arslan s. 123.

(113) Arslan s. 124-125.

gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmamasının birtakım sonuçları vardır.

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranılması, etkisini dava sonucunda verilen hüküm üzerinde de gösterir. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranarak, bir taraf kendi lehine hüküm tesis edilmesini sağlamış ve bu hüküm kesinleşmişse; bu şekilde kesinleşen hükme karşı m.445/7 gereğince yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir (114). Sözkonusu düzenlemeye göre (m.445/7), "mahkûmunleh tarafından hükme müessir diğer bir hile veya hud'anın kullanılmış olması" halinde o hüküm aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Burada geçen, hile ve hud'anın neler olabileceği belirtilmemiş, bu konuda hakime takdir yetkisi tanıyan genel bir düzenleme getirilmekle yetinilmiştir (115). Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemek için, başvuru hile ve hud'anın cezayı gerektiren hileli eylemler olması da şart değildir (116).

II - Maddi Hukuk Açısından

Bir tarafın, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranarak, davanın kendi lehine karara bağlanması için bilerek gerçeğe aykırı beyanlarda bulunması veya gerçeği bir bütün olarak bildirmemesi nedeniyle, karşı tarafın bir zarara uğraması halinde, ona, bir zararı tazmin hakkı genel olarak tanınmaktadır (117).

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle karşı tarafa bir

-
- (114) Arslan, Ramazan: Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 104 vd.; Alangoya s. 123; Arslan s. 125; "Yargılamanın iadesi sebeplerinin sayılı oluşu, bu sebeplerin dar yorumunu gerektirmez. Özellikle bu söylenen 7 nci bent için öncelikle geçerlidir. Hile, hakikatte mevcut olan vakıaların bilerek gizlenmesi veya sahte vakıalara istinat etmek suretiyle diğer tarafın iffal edilmesidir. Diğer tarafın esasen mevcut olan bir hatasına gayri meşru şekilde istinat etme hali, hileyle aynı mahiyettedir." 10.HD 6.2.1978, 282/699 (Kuru Bakı: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, 5.B., İstanbul 1991, s. 3625).
- (115) "Gerçi bu maddede bahsedilen hilenin neler olabileceği konusunda bir tanımlama yapılmamışsa da, mezkûr 7. bentteki hile ve hudanın geniş kapsamlı kabul edilmesi ve lehine hüküm verilen tarafın kullandığı bazı vakıaların hile olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, yasa koyucu burada ne gibi hallerin hile teşkil edeceğini özellikle belirtmekten kaçınmış ve hükme müessir diğer hile ve hud'a deyimiyle, olayların gelişimine göre hükme etkili olan ve mahkemeyi yanılgıya sevkeden bütün vakıaların hile teşkil edeceğine işaret etmek istemiştir." 1. HD 20.6.1974, 5387/4651 (ABD 1975/1, s. 64-65); aynı yönde 4. HD 14.1.1981, 11279/142 (YKD 1982/2, s. 182-187).
- (116) Arslan s. 125. Oysa, Alman (ZPO § 580/4), Avusturya (Ös. ZPO § 530/3) ve Bern Kantonu (ZPO m.368/3) usul kanunları, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemek için, başvuru hilenin cezayı gerektiren bir eylem olmasını öngörmektedirler.
- (117) Arslan s. 127 vd.; Umar/Yılmaz s. 197; Alangoya s. 124, dn.87; Kuru-HMU I s. 600; Yeğencil s. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII 7,c; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 65; Zöllner § 138, Nr. 7; Eisele s. 47 vd.; Holzhammer s. 154; Guldener s. 663, dn.45; BGH, NJW 1964, s. 349 ve 1672.

zararı tazmin hakkı tanınmakla beraber, bu hakkın hukuki temeli ve şartları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır:

Alman hukukunda, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması halinde, karşı tarafın sahip olduğu zararı tazmin hakkının bir görüş, bizim BK m. 41,II'ye benzer bir düzenleme getiren BGB § 823,II ve 826 dayandırmaktadır (118). Aynı görüş, bizim hukukumuzda da savunulmakta ve tazminat talebi BK m.41,II'ye dayandırılmaktadır (119).

Alman hukukunda savunulan bir diğer görüş (120) ise, burada, BGB § 823,II ve 826'ya gitmeye gerek olmadığını, tıpkı culpa in contrahendo'da olduğu gibi, taraflar arasında dava ile kurulmuş bir usul hukuku ilişkisine aykırılık olduğunu, bu nedenle bizzat ZPO § 138'e dayanılabileceğini, sözkonusu hükmün de BGB § 823,II anlamında bir koruyucu kanun (Schutzgesetz) (hükmü) olduğunu belirtmektedir.

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde, bundan zarar gören karşı tarafa tanınan tazminat davası açma hakkını, daha önceki dava sonucu verilen kesin hüküm nedeniyle ne şekilde ileri sürülebileceği, onunla çatışıp çatışmadığı da tartışma konusu olmuştur. Acaba daha önceki davada verilen hüküm, daha sonra açılacak tazminat davasında kesin hüküm etkisini gösterecek midir? Bu konu da tartışmalıdır ve hukukumuzda savunulan iki farklı görüş bulunmaktadır:

Bir görüşe göre (121), gerçeği söyleme yükümlülüğünün çiğnenmesi, tazminat sorumluluğuna yolaçar ve tazminat istemi BK m.41,II'de dayanağını bulur. Aksi görüş, yani kesin hüküm kurumunun ve ayrıca, yargılamanın yenilenmesine ancak belli durumlarda gidilebileceğinin, böyle bir tazminat davasına engel olduğu görüşü hatalıdır. Çünkü, gerçeği söyleme yükümlülüğünün çiğnendiği davanın konusu ne olursa olsun, tazminat davasının temelinde farklı bir öge, yani "gerçeği söyleme yükümlülüğünün çiğnenmiş olması" olayı vardır ve bu nedenle, aynı dava ikinci kez mahkemeye sunuluyor değildir.

(118) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 138, Nr. 65; Zöller § 138, Nr. 7; Guldener s. 663, dn. 45.

(119) Umar/Yılmaz s. 197; Tanrıver s. 236; İsviçre açısından aynı görüş için bkz. Guldener s. 190, dn.9.

(120) Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 7, c; Stein/Jonas § 138, Nr. 19; Eisele s. 47 vd.;

(121) Umar / Yılmaz s. 197.

Bir diğer görüşe göre (122), "bir uyuşmazlık hakkında verilmiş ve kesinleşmiş hüküm varken, yani o hüküm yargılamanın yenilenmesi yoluyla iptal edilmeden, o hükmün elde edilmesi için genel olarak dürüstlük kuralının veya özellikle doğruyu söyleme yükümlülüğünün çiğnendiğini veya hile ve hud'aya başvurulduğunu bir tazminat davasında ileri sürmek kesin hükmün etkisi ile çatışacaktır. Çünkü, kesin hükme göre davada haklı çıkmış olan tarafın haksız fiilde bulunduğunu ileri sürüp haksız fiilin unsurlarının varlığının ispatlanmak istenmesi halinde, kesin hükmün kapsamında bulunan hususların yeniden yargılama konusu yapılması gerekecektir. Kesin hükmün, kanunda öngörülen hallerde açılabilen değişiklik davası dışında ancak yargılamanın yenilenmesi ile ortadan kaldırılabileceği gerçeği karşısında, açılacak bir tazminat davasında maddi anlamda kesin hükmün kapsamına giren hususların kısmen de olsa sona erdirilmesi hatta tartışılması mümkün olmaz." Gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması, hükmün bu şekilde verilmesine etkili olmamışsa, bu takdirde tazminat davası açılmaz. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi davası sonunda, bu yola başvuran (karşı) tarafın lehine hüküm verilmişse ve buna rağmen uğramış olduğu zararlar giderilememişse, ancak o zaman tazminat davası açılabilir.

Kanaatimce her iki görüşün de haklı olduğu yönler vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, daha önceki davada, yani gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâl edildiği davada verilen hüküm, daha sonra bu yükümlülüğe aykırı davranılmasıyla açılacak tazminat davasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edemez. Zira, kesin hükmün şartları m.237'de sayılmıştır; buna göre kesin hükümden sözedebilmek için davanın taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması gerekir. Oysa, sonradan açılan tazminat davasında ilk görüşün de haklı olarak belirttiği gibi, taraflar aynı olsa da, davanın konusu (tazminat) ve sebepleri (gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması) farklıdır. Bu nedenle, tazminat davası için kesin hükmün varlığından kural olarak sözedilemez. Bu durumda, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle zarara uğrayan karşı taraf önce yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmeye gerek kalmadan doğrudan tazminat davasını açabilmelidir. Aksi takdirde, yargılamanın yenilenmesi davasını, daha sonra açılacak tazminat davası için bir dava (ön) şartı haline getirmiş oluruz ki, bu durum, hem hak arama özgürlüğünü kısıtlayabilir; hem de gerçeği söyleme yükümlülüğünü belirli bir ölçüde yaptırımsız bırakır. Bu ne-

denle, kural olarak, yargılamanın yenilenmesi, tazminat davası için bir dava şartı haline getirilmemelidir. Ayrıca, tazminat davası için böyle bir dava şartının öngörülmesi halinde, yargılamanın yenilenmesi için öngörülen hak düşürücü sürenin (başvurulan hile ve hud'anın öğrenilmesinden itibaren üç ay) (m.447) kaçırılması halinde, artık tazminat davasını bir daha açmak mümkün olamayacaktır.

Maddi anlamda kesinlik, yalnız hüküm fıkrası için geçerlidir; yoksa kural olarak hükmün gerekçesinin kesin hüküm etkisi yoktur. Ancak, gerekçe maddi anlamda kesinlikten tamamen de tecrit edilmiş değildir. Özellikle hüküm fıkrasını açıklayan, tamamlayan ve hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçeler de kesin hüküm teşkil eder (123). İşte, gerçeği söyleme yükümlülüğü ihlâl edilerek asıl davada ileri sürülen hususlar, o davada mahkemenin vereceği karar için gerekçe oluşturmuş ve mahkeme hükmünü bu hususlara dayalı olarak vermiş ve böylece gerçeğe aykırı olarak ileri sürülen hususlar hükmün bir parçası haline gelmiş olabilir. Böyle bir durumda, ikinci görüşün haklı olarak belirttiği gibi, bir tarafta gerçeğe aykırı olarak ileri sürülmüş ve bunlara dayalı olarak verilmiş geçerli bir hüküm vardır; diğer tarafta, sonradan açılacak tazminat davasında bu hususların gerçeğe aykırı olduğu iddia ve ispat edilmeye çalışılacaktır. İşte bu durum, kesin hüküm etkisiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, daha önceki davada gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak ileri sürülen hususlar, o davada hükmün bir parçası olmuş, bu nedenle de kesin hükmün kapsamına dahil olmuşsa, bu takdirde, bundan zarar gören karşı tarafın önce yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmesi uygun olur. Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi sonucunda gerçeğe aykırı olarak beyan edilen hususlara dayanan hükmün iptal edilmesi ile, uğranılan zararlar telâfi edilebiliyorsa, bu takdirde tazminat davası açmak için hukuki yarar yoktur.

İlk davada verilen hüküm ve onun gerçeğe aykırı gerekçesi, tazminat davasında duruma göre kesin hüküm teşkil etmese dahi, en azından kuvvetli bir takdiri delil teşkil edebilir. Bu nedenle, tazminat davasından önce, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulurken o hükmün iptal ettirilmesi, gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle bundan zarar gören tarafın işini kolaylaştıracaktır. Bununla beraber, yargılamanın yenilenmesi, tazminat davası için yukarıda belirttiğim nedenlerle bir dava şartı haline getirilmemeli, özellikle, yargılamanın yenilenmesi için öngörülen hak düşürücü süre kaçırılmışsa, zarar

gören taraf doğrudan tazminat davası açabilmelidir.

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle bundan zarar gören tarafın, zararının giderilmesi için, özel bir hüküm varsa (örneğin bkz. m.421,422), bu hükümler uygulanır. Ancak, özel bir hükmün bulunmaması halinde BK m.41,II uygulama alanı bulmalıdır (124).

III - Ceza Hukuku Açısından

Gerçeği söyleme yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olması, hukukumuzda cezayı gerektiren bir fiil olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmemiştir; bu konuya ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nda herhangi bir hüküm yoktur. Bunun bir sonucu olarak, "usul hilesi" de (Prozessbetrug) denilebilen mahkemeye karşı yalan beyanda veya hileli davranışta bulunmanın dolandırıcılık suçunu teşkil edip etmeyeceği doktrinimizde tartışmalıdır (125). Yargıtay'ın da, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranışını, dolandırıcılık suçuna dahil eden bir kararına rastlanmamıştır. Ancak, Yargıtay'ın, basit yalanı dahi, dolandırıcılık suçu için yeterli sayan kararları vardır (126). Bu eğilimin tutarlı bir sonucu olarak, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranışın da dolandırıcılık suçunu oluşturabileceğini kabul etmek gerekir (127).

Hukukumuzda, gerçeği söyleme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olması, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş olmasına karşın, pek çok ülkede bu durum ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir. Örneğin, Alman Hukukunda, Alman Ceza Kanunu § 263 (128), Avusturya Hukukunda, Avusturya Usul Kanunu § 69; 202,I;313; 512;528,II (129). İsviçre Hukukunda, İsviçre Ceza Kanunu m.148 (StGB Art.148) (130) bu durumu ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Keza, Fransız Hukukunda da, gerçeğe aykırı beyanda bulunmanın suç olduğu belirtilmektedir (131). Bu örnekler karşısında, ülkemizde de, gerçeği

(124) Umar/Yılmaz s. 197 ve oradaki dn. 41.

(125) Erem, F.: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 1985, s. 651-652; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.B., Ankara 1978, s. 602-603; Dönmezer, S.: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.B., İstanbul 1990, s. 428; Arslan s. 131; Alangoya s. 123.

(126) Örneğin bkz. 6. CD 9.6.1964, 2860/3077 "sanığın gayrimenkullerin hacizli olduğunu bildiği halde, bunu gizleyerek mağdurdan satış vaadi mukabili pey olarak beşyüz lira aldığı ve böylece ihdas ettiği sania sonunda, mağdurun hulûs ve saffetinden istifade sonucu kendisine haksız menfaat sağladığı ve neticeten olayda dolandırıcılık kasdiyle hareket ettiği..." (AD 1965/3, s. 419-420; Dönmezer s. 421, dn.33).

(127) Aynı görüşte, Arslan s. 131; Alangoya s. 123.

(128) Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald § 65, VIII, 7,b; Zöller § 138, Nr.7.

(129) Bkz. Holzhammer s. 154.

(130) Bkz. Guldener s. 353; Gerwig s. 94; İsviçre Federal Mahkemesinin, gerçeğe aykırı beyanda bulunmayı, dolandırıcılık saymayan bir kararı (BGE 78 IV 84 vd.), doktrininde eleştirilmiştir. (Waller, Hans: Der Prozessbetrug, SJZ 1954/7, s. 105-111).

söyleme yükümlülüğüne aykırı davranışın ayrı bir suç olarak düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Avukatın, gerçeği söyleme yükümlülüğüne bilinçli olarak aykırı davranması da, Avukatlık Kanunu m.34 ve 134 çerçevesinde, mesleğin gerektirdiği doğruluk ve dürüstlikle bağdaşmayan bir davranış oluşturacağından, disiplin cezasını gerektiren bir suç oluşturur (132).

H - SONUÇ

Medeni Usul Hukukunun amacı, şekli gerçeğe ulaşmak değil, tıpkı Ceza Usul Hukukunda olduğu gibi maddi gerçeğe ulaşmaktır. Hukuk yargılamasının amacına ulaşabilmesi ve gerçek haklı ile haksızın ortaya çıkabilmesi yani maddi gerçeğe ulaşabilmek için davanın açılması ile, özellikle taraflara önemli yükümlülükler düşmektedir. Bunlardan biri de gerçeği söyleme yükümlülüğüdür. Tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü, davada dürüstlük kuralının da bir gereğidir. Gerçeği söyleme yükümlülüğünün amacı, dava malzemesinin gerçeğe uygun olarak mahkemenin önüne getirilmesinin sağlanması ve davada bilinçli yalanın önlenmesidir.

Tarafların davada gerçeği söyleme yükümlülüğü, pek çok ülkede pozitif bir hükümle düzenlenmiş olmasına rağmen, hukukumuzda, sözkonusu yükümlülük açık bir hükümle düzenlenmiş değildir. Fakat, bu durumdan, hukukumuzda tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğünün olmadığı sonucu çıkarılamaz. Gerek MK m.2'den, gerekse, HUMK'nun değişik hükümlerinden hareketle ülkemizde de gerçeği söyleme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varmak mümkündür. Bununla birlikte, sözkonusu yükümlülüğün, hukukumuzda da pozitif bir hükümle düzenlenmesi, bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi açısından yararlı olacağı gibi, yükümlülüğün uygulama imkânını da artırabilir.

Gerçeği söyleme yükümlülüğü, davanın her iki tarafı için de geçerlidir. Yargılama yapan bütün yargı mercilerinde ve yargılamanın gerek yazılı olarak sunulan dilekçeler, gerekse sözlü kısmı için de geçerlidir. Yükümlülük, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıalara ve onların delillerine ilişkin olabilir. Gerçeği söyleme yükümlülüğüne, taraflarca sübjektif olarak uyulması yeterlidir.

(131) Dönmezer s. 428.

(132) Alangoya s. 122; Sungurtekin s. 317.

Davaya hakim olan ilkelerden, taraflarca hazırlama ilkesi ve tasarruf ilkesine rağmen tarafların gerçeği söyleme yükümlülüğü vardır. Bu nedenle, tarafların gerçeğe aykırı olarak getirmiş oldukları dava malzemesiyle hakimin, eğer bunların aksi dosyadan anlaşılabiliriyorsa bağlı olmaması gerekir. Keza, gerçeğe aykırı olarak yapılan ikrar da (ve kabul de) geçerli olmamalıdır.

Gerçeği söyleme yükümlülüğüne uyulmamasının, usul hukuku, maddi hukuk (tazminat) ve ceza hukuku açısından birtakım yaptırımları da öngörülmüştür.

EVLAT EDİNME VE EVLATLIĞIN MİRAS HAKKI

Arş. Gör. Süleyman YALMAN (*)

I- Evlat Edinmenin Tanımı ve Hukuki Mahiyeti

Evlat edinme müessesesi, kimsesiz çocukların korunmasını, aile kurma ve çocuk sevgisini özlemlerinin giderilmesini, insanlar arasındaki dayanışma ve yardımlaşma duygularının geliştirilmesini sağlayan bir kurumdur (1). Fakat hukuki mahiyeti ve tanımı üzerinde görüş birliği yoktur.

Evlat edinmenin hukuki mahiyetini açıklamak üzere dört temel fikir ortaya atılmıştır (2). Bunlar: 1- evlat edinmeyi bir medeni hukuk sözleşmesi ile açıklayan görüş, 2- evlat edinmeyi şart tasarrufu olarak kabul eden görüş, 3- evlat edinmeyi bir hukuki işlem olarak kabul eden görüş ve sonuncusu da evlat edinmeyi bir sözleşme olarak kabul eden görüştür. Türk hukukunda kabul edilen görüş, evlat edinmeyi sözleşme temeline dayandıran görüştür (3).

Medeni Kanunumuz evlat edinmenin tanımını yapmamıştır. Ama doktrinde birçok tanım yapılmıştır. örneğin, "evlat edinme, akti temele dayanan, tedrici olarak tanımlanan ve esas itibariyle sahîh nesep hükümlerini doğuran bir hukuki muameledir" (4), bir diğeri ise, "akti yol ise tesis edilen ve tamamlanması amme otoritesinin müdahalesini gerektiren akti bir nesep bağıdır" (5), diye tarif edilmektedir.

Kısaca, evlat edinme, hakimın ön iznine dayalı olarak gerçekleştirilen bir

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Araştırma Görevlisi.

1) Ataay, Aytekin, Medeni Hukukta Evlat Edinme, İHFM. 1957, sayı 1-4, s. 286; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1983, s. 331; Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1984, s. 460; Akıntürk, Turgut, Aile Hukuku, Ankara, İstanbul 1996, s. 319; Berki, Şakir, Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme, Ankara 1962, s. 3; Zevkililer,

2) Arat, Tuğrul, Evlat Edinme Hukuku, Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 106.

3) Köprülü/Kaneti, Aile Hukuku, İstanbul 1985-86, s. 229; Tekinay, s. 461; Zevkililer, s. 883; Ataay, s. 268.

4) Ataay, s. 270.

5) Çelikel, Aysel, Evlat Edinmenin Kanunlar ihtilafı Bakımından Meydana Getirdiği Problemler, İHFM. 1964, s. 21.

sözleşmeyle meydana getirilen, akti nesep ilişkisidir, diye tanımlayabiliriz.

II- Evlat Edinmenin Şartları

Evlat edinme ve evlatlık olabilme hakkı yalnızca gerçek şahıslara aittir. Tüzel kişiler, evlat edinemediği gibi evlatlıkta olamazlar. Evlat edinebilmek için temyiz kudretine sahip olması gerekir. Bu yüzden tam ehliyetsizlerin evlat edinme yetkileri yoktur. Çünkü evlat edinme, münhasıran şahsa bağlı haklardan olduğu için, evlat edinenin bizzat kendisinin irade beyanında bulunma imkanları olmadığından, evlat edinmeleri de söz konusu olamaz.

Evlat edinmenin şartlarını iki ana grup altında incelemek mümkündür. Bunlar: asli ve şekli şartlardır.

A- Evlat Edinmenin Asli Şartları

1- Evlat Edinen Açısından

a) Yaş Şartı

Medeni kanunda, evlatlık için bir yaş şartı bulunmamaktadır (6). Fakat, evlat edinene en az otuzbeş yaşında olması gerekir (MK. m. 253) (7). Bu yaşın doldurulmuş olmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre (8), bu yaştan gün alınması yeterlidir; diğer bir görüşe göre ise (9), bu yaşın tamamlanmasını zorunlu göstermektedir. Yargıtay da kanuni evlat edinme yaşının doldurulmasını zorunlu görmektedir (10).

Kanaatimizce, kanunda belirtilen "en az otuzbeş yaşında olma" (MK. m. 253, otuzbeş yaşını bitirmiş olmak şeklinde anlaşılmıştır.

b) Onsekiz Yaş Farkı

Evlat edinmenin diğer bir şartı da, MK. m. 253'e göre, evlat edinene ile evlatlık arasında en az onsekiz yaş farkının bulunmasıdır. Bu yaş farkı şartı, evlat edinmenin olabildiğince tabii nesep bağına benzetilmesi amacıyla ileri gelmektedir (11).

c) Sahih Nesepli Alt Soyunun Bulunmaması

Evlat edinme, çocuk sahibi olma özlemini gidermeye yönelik bir kurum

6) Ataay, s. 299

7) 2846 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, evlat edinme hakkı kırk yaşını dolduranlara tanınmıştı.

8) Ataay, s. 299; Tekinay, s. 462.

9) Berki, s. 7; Binatlı, Yusuf Ziya, Evlat Edinmede Yaş Meselesi, Ad. Der. 1961, sayı 11, s. 1033.

10) 2. HD. 7.2.1980, 654/971, YKD. 1980, Sayı: 6, s. 784.

11) Köprülü/Kaneti, s. 231; Akıntürk, s. 322; Zevkiler, s. 885.

olduğundan, evlat edinme sözleşmesinin yapılması anında, evlat edinmenin bir sahih nesepli alt soyunun bulunması, evlat edinmeyi anlamsız hale getirir. Ayrıca sahih nesepli çocukların miras paylarının yersiz olarak azaltılmasına neden olur (12). Evlat edinme sözleşmesinin yapılma anında var olup da, nüfusa kayıtlı olmayan sahih nesepli alt soy var ise, bu durum evlat edinmeye engel teşkil eder (13). Buna karşılık, sahih nesepli olmayan alt soyun bulunması, evlat edinmeye engel değildir (14). Yine, bir kimsenin evlatlığının bulunması, evlat edinmeye engel teşkil etmez (15).

d) Diğer Eşin Rızası

Evlat edinmenin bu şartı, evlat edinenin evli olması durumunda aranır. Bu yüzden kanunumuz, evli bir şahsın, eşinin rızası olmaksızın bir kimseyi evlat edinmesine izin vermemektedir (MK. m. 255)

Medeni Kanun madde 255'de "karı kocadan birinin evlat edinmesi" denildiğine göre, eşin rızası şartı yalnız erkeğin değil, kadının evlat edinmesi halinde de sözkonusu olur (16). Bu hüküm eşler arasındaki ahengi sağlamaya ve miras haklarını koruma amacını gerçekleştirmektedir.

2- Evlatlık Yönünden Asli Şartlar

a) Evlat Edinilecek Kişinin Rızası

Evlat edinmenin bu şartı da, temyiz kudretine sahip bir kimsenin evlat edinmesi durumunda aranır (MK. m. 254). Yani evlat edinilen, temyiz kudretine haiz ise, evlat edinme işleminde onun rızasının bulunması zorunludur. Bu yüzden temyiz kudretine haiz olmayanların evlat edinilmesi durumunda onların rızasının bulunması şart değil, onların rızası aranmaz (17).

b) Ana Babanın Rızası

Evlat edinilen kişi, temyiz kudretine sahip olmakla birlikte, velayet altında ise, ana babanın rızası, evlat edinme işlemi için gereklidir. Çünkü, MK. m. 254'de "ana babanın veya hakimın muvafakatı alınmadıkça mahçur ile küçük, mümeyyiz bile olsalar, evlatlığa alınamazlar" diye bu rızanın gerekli olduğu be-

12) Köprülü/Kaneti, s. 231

13) Kaleli, Şakir, Evlat Edinme Koşulları, Yargıtay Dergisi, 1979, C.5, s. 71.

14) Akıntürk, s. 321; Köprülü/Kaneti, 231.

15) Köprülü/Kaneti, sb. 231; Zevkililer, s. 885; Akıntürk, s. 321.

16) Akıntürk, s. 323; Köprülü/Kaneti, s. 233.

17) Egger, A. İsviçre Medeni Kanununun Şerhi, Aile Hukuku (Çev. Çağa. Tahir), Ankara 1945, s. 46; Zevkililer, s. 887;

lirilmektedir.

Yani, velayet altında bulunan bir küçüğün evlat edinilmesi için; bu küçük temyiz kudretine haiz olsa bile, ana babanın evlat edinme işlemine rıza göstermeleri gerekir. Bu konuda, ana babanın evlat edinme işlemine rıza göstermeleri gerekir ve yalnızca babanın rıza göstermesi geçerli değildir (18).

c) Vasinin veya Vesayet Dairelerinin Onayı

Evlat edinilecek kişi vesayet altında ise, temyiz kudretine haiz olsa bile, vasinin ve vesayetin dairelerinin onayı gereklidir (MK. m. 406). Yani, vesayet altındaki bir çocuğun evlatlık verilmesi durumunda, evlat edinme sözleşmesini vasinin rızası ile birlikte evlatlığın ikametgahındaki sulh hakiminin izni ve asliye mahkemesi hakiminin bunu tasdik etmesi gerekir (19).

d) Eşin Rızası

Medeni kanun madde 255'e göre evlat edinilecek kişinin evli olması durumunda, evlat edinme sözleşmesine, evlatlığın eşinin rıza göstermesi gerekir. Çünkü, evlat edinme işlemi ile evlatlık, evlat edinenin sahih nesepli alt soyu durumuna girerek onun soyadını alır (MK. m. 257). Bu durum evlatlığın eşine de yansıtacağından, eşinin rızasının alınması zorunludur, eşin rızası olmadan diğer eş evlatlığa alınmaz (20).

e) Evlatlığın Menfaati

Evlatlığın menfaatinin gözetilmesi şartı, evlat edinmenin asli şartlarından olmasına rağmen, MK. m. 256/2'de şekli şartlar arasında sayılmıştır (21). Bu şartın olup olmadığı hususunu evlat edinmeye izin verecek hakim araştırır. Yani hakim evlat edinen kişinin, evlatlığa iyi bakıp bakmayacağını, evlatlığa karşı sevgi ve şefkat besleyip beslemediğini araştırmak zorundadır. Bütün bu araştırmaları sonunda, evlatlığın çıkarına aykırı bir durumu görmez ise, hakim, evlat edinme işlemine izin verir (22).

B) Evlat Edinmenin Şekli Şartları

Evlat edinmenin şekli şartları, MK. m. 256'de düzenlenmiştir. Bunlar; ha-

18) Akıntürk, s. 324; Öztan, s. 337; Zevkliler, s. 887; Ataay, s. 308; 2. HD. 13.5.198, 4403/4609 sayılı kararında, evlat edinilmesine izin verilmesi sözkonusu olan çocuk boşanmadan sonra doğmuş olmakla birlikte velayetin ana babadan hangisine verileceği henüz kararlaştırılmış değilse, her ikisinin birden rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir. (YKD. 1985, s.ayı 8, s. 1164).

19) Akıntürk, s. 325; Zevkliler, s. 887; Öztan s. 338.

20) Egger, s. 48; Berki, s. 24; Ataay, s. 314; Akıntürk, s. 324.

21) Zevkliler, s. 888; Öztan, s. 339; Akıntürk, s. 327.

22) Zevkliler, s. 888; Öztan, s. 339; Akıntürk, s. 327.

kimin izni, resmi senet düzenlenmesi ve durumun nüfusa tescil edilmesidir.

1- Hakimin işleme izin vermesi

Bütün diğer şartlar mevcut olsa bile, evlat edinme işlemine, evlat edinenin ikametgahı sulh hakiminin izin vermesi şarttır (23). Hakim, izin vermeden önce, diğer bütün asli şartların bulunup bulunmadığını araştırır. Hakimin, evlat edinme işlemine izin vermesi için, çocuk vesayet altında ise, vesayet makamlarının izninin daha önce alınmış olması gerekir. Aksi halde, evlat edinme işleminin asli şartlarının bulunmadığını ileri sürerek, evlat edinme talebini reddedebilir (24).

2- Resmi Senet ve Sözleşme Düzenlemesi

Medeni Kanun, evlatlık sözleşmesinin, resmi bir senet düzenlenerek yapılmasını öngörmüştür (MK. m. 256). Fakat, resmi senedin kimin tarafından düzenleneceğini belirtmemiştir. Medeni Kanunda belirtilmeyen bu durum, Noterlik Kanununun 89. maddesinde, evlatlık sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenleneceği belirtilerek hükme bağlanmıştır. Evlat edinme sözleşmesi, noter huzurunda, evlat edinilen ve varsa evlatlığın kanuni temsilcileri arasında yapılır ve onlar tarafından imzalanır (25).

Noter, evlat edinme şartlarının ve mahkemenin izninin varlığını tespit ettikten sonra, sözleşmeyi düzenler. Kanunun burada aradığı resmi şekil şartı, geçerlik şartı olduğundan, buna riayet edilmeden yapılan evlatlık sözleşmeleri hükümsüzdür (MK. m. 256) (26).

3- Nüfusa Tescil

Evlat edinme işlemi tamamlandıktan sonra, evlat edinenin ve evlatlığın kayıtlı bulunduğu nüfus kütüğüne tescil edilir (MK. m. 256). Tescil işlemi, inşai değil izhari niteliktedir (27). Bu yüzden, evlatlık sözleşmesi, tescilden önce, resmi senedin düzenlenmesi ile kurulur, tescil işlemi, sözleşmenin geçerliliği üzerinde tesir icra etmez ve belirli bir süre ile de sınırlı değildir (28).

III- Evlat Edinme Sözleşmesinin Sonuçları

Evlat edinme sözleşmesi ile, evlatlıkla evlat edinen arasında sahih nesep bağı meydana gelir. Ancak bu nesep ilişkisi, genellikle kan bağına da-

23) Berki, s. 10; Öztan, s. 340; Ataay, s. 342.

24) Ataay, s. 344; Öztan, s. 340.

25) Ataay, s. 350; Öztan, s. 341; Zevkililer, s. 889.

26) Ataay, s. 349; Köprülü/Kaneti, s. 235.

27) Öztan, s. 342; Zevkililer, s. 890; Köprülü/Kaneti, s. 235.

28) Zevkililer, s. 890; Öztan, s. 342.

yanmadığından, bazı durumlarda kan bağına dayanan sahih nesebe nazaran farklılıklar arz etmektedir. Örneğin, evlat edinenin sonradan doğan çocukları ile evlatlık arasında kardeşlik bağı kurulmaz. Bu farklılıklara rağmen evlat edinme işlemi şu sonuçları doğurur.

A- Evlenme Yasası

Evlatlık ilişkisi, bir evlenme engelidir. Evlatlık ile evlat edinen bir-birleriyle ve onların her birin eşleri diğeri ile evlenemezler (MK. m. 93/3). Fakat bu engel kesin bir evlenme engeli değildir. Çünkü, bu yasağa rağmen evlatlık ile evlat edinen veya onlardan biri ile diğeri eş evlenirler ise, yapılan bu evlilik iptal edilmez, yalnızca, evlatlık ilişkisi ortadan kalkar (MK. m. 121)

B- Miras

Evlatlık ve onun alt soyu evlat edinenin sahih nesepli alt soyu gibi mirascısı olurlar (MK. m. 257/1, 447/2) (29); buna karşın evlat edinen ile onun hısımları evlatlığın mirascısı olamazlar (MK. m. 447/2). Evlatlığın asıl ailesindeki mirascılığı da devam eder (MK. m. 257/2).

Evlatlığın miras hakkına ilişkin esaslara aykırı anlaşmalar yapılması mümkündür, fakat bu anlaşmaların evlat edinme sözleşmesinden önce veya sözleşme konusu sözleşmeyle aynı anda yapılması gerekir (30). Evlat edinme sözleşmesinden sonra, bu konuda yapılan sözleşmeler geçerli değildir (31).

c- Velayet

Evlat edinme sözleşmesi sonunda evlatlık henüz reşit değilse, evlat edinenin velayeti altına girer (32) ve öz ana babasının velayet hakkı ortadan kalktığı gibi, evlat edinenin ölmesi halinde de tekrar onlara kendiliğinden geri döner (33).

Evlat edinenler karı koca ise, velayet hakkını beraber kullanırlar. Eşlerden yalnız biri evlat edinmiş ise, diğeri velayet hakkı yoktur.

Evlat edinme işlemi ile birlikte bakım ödevi evlat edinene geçer. Çünkü, MK. m. 257'de "ana babaya ait hak ve vazifeler evlat edinen kimseye geçer" diye

29) Tour, P., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III. Das Erbrecht, Bern 1952, Art. 465, N.7.

30) Köprülü/Kaneti, s. 237; Öztan, s. 347.

31) Öztan, s. 347; Köprülü/Kaneti, s. 237.

32) Zevkiler, s. 892; Öztan, s. 346; Köprülü/Kaneti, s. 237.

33) Öztan, s. 346; Köprülü/Kaneti, s. 238.

belirterek, gerek bakım ödevinin gerekse velayet hakkının evlat edinene ait olduğunu belirtmektedir.

c- Hısımlık

Evlat edinme sonucunda evlatlıkla evlat edinen arasında, sahih nesebe benzeyen bir bağ meydana gelirse de bu bağ kan bağına dayanmadığından hısımlık yalnızca, evlatlık ile evlat edinen arasında meydana gelir (34). Bu yüzden, evlatlık, evlat edinenin kan ve sıhri hısımları ile hısımlık olamayacağı gibi, evlat edinen ile evlatlığın hısımları arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi meydana gelmez (35). Ama, evlatlığın öz ana babası ile olan hısımlık ilişkisi de ortadan kalkmaz (36).

E- Soyadı

Evlatlık, evlat edinme işlemi sonunda, evlat edinenin soyadını alır (MK. m. 257). Evlatlık evli bir kadın ise, kocasının soyadını taşımaya devam eder (37). Evlatlığın soyadının değişmesi kanun icabıdır. Evlatlık sözleşmesi tamamlanır tamamlanmaz, evlatlığın soyadında değişiklik meydana gelir (38).

F- Nafaka

Evlatlık ile evlat edinen birbirlerine karşı yardım nafakası vermekle de yükümlüdürler (39). Ancak bu yükümlülük yalnızca evlatlık ve evlat edinen ile sınırlıdır.

G- Vatandaşlık

Evlat edinme, evlatlığın vatandaşlığına tesir etmez. Fakat, küçük olan evlatlık, vatansız veya ana babası bulunamaz veyahut nerede olduğu bilinemezse, bir Türk tarafından evlat edinilen kişi Türk vatandaşı olur. (Vatandaşlık Kanunu m. 3/2) (40).

34) Öztan, s. 343; Zevkililer, s. 891; Akıntürk, s. 330.

35) Öztan, s. 343; Zevkililer, s. 891; Akıntürk, s. 330; İsviçre Medeni Kanununda 1972 yılında yapılan değişiklik sonunda, evlatlık ile evlat edinenin kan hısımları arasında da hısımlığın kurulacağı düzenlenmiştir. (Bucher, Eugen, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Berner 1976, Art. 20-21, N. 20 vd.).

36) İsviçre Hukukunda, evlat edinme ile birlikte, evlatlığın asıl ana babası ile olan hısımlığı da ortadan kalkar.

37) Zevkililer, s. 891; Öztan, s. 343; Akıntürk, s. 329.

38) Öztan, s. 342.

39) Akıntürk, s. 332

40) Öztan, s. 343; Zevkililer, s. 881; Köprülü/Kaneti, s. 238.

IV- Evlatlığın Mirasçılığı

A- Genel olarak

Evlatlığın, evlat edinenin mirascısı olabilmesi için, evlatlık sözleşmesinin, evlat edinenin ölümünden önce gerçekleşmiş olması gerekir. Evlatlık ilişkisi, evlat edinen ile evlatlık arasında yapılan bir sözleşme sonucu meydana gelmektedir. Bu müessese, aile hukukunun ikinci kısmını oluşturan sahih nesep içerisinde düzenlenmiştir (MK. m. 253-258). Evlatlık bağı yalnızca evlat edinene evlatlık ve onun alt soyu arasında sözleşmeye dayanan cali bir hısımlık ilişkisi meydana getirmektedir. Bu yüzden, evlatlığın mirasçılık durumunu belirlemek için, evlatlık sözleşmesinden doğan hısımlığın mahiyet ve kapsamını incelemek gerekir.

Evlatlık sözleşmesinden doğan hısımlık sahih nesebe benzeyen bir hısımlık ilişkisi meydana getirmektedir (41). Başka bir ifade ile, evlatlık, evlat edinenin sahih nesepli çocuğu gibi addolunur ve mirasçılık açısından genel olarak, sahih nesepli çocuk gibi işleme tabi tutulur (MK. m. 257-447/1) (42).

Evlatlık ile evlat edinen arasında kurulan nesep bağı, evlatlığın alt soyu müstesna olmak üzere sadece sözleşmenin taraftarları arasında kalmakta, evlatlığın ve evlat edinenin hısımları arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi meydana getirmez (MK. m. 447/2). Evlatlık ve alt soyunun, evlat edinene mirascı olabilmesi için, evlatlık ilişkisinin, evlat edinenin ölümüne kadar devam etmesi gerekir.

B- Evlatlığın Kanunu Mirasçıları

1. Kanuni Mirasçılığın Şartları

Medeni Kanunun 447. maddesi gereğince, evlatlık ve alt soyu, evlat edinene tıpkı sahih nesepli alt soyu gibi kanuni mirasçı olurlar (43). Evlatlık ve alt soyunun evlat edinenin ölümünde ona kanuni mirascı olabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar:

41) Belgesay, Mustafa Reşit, Medeni Kanun Şerhi, 3. Kitap, Miras, İstanbul 1952, s. 25; Egger, s. 53; Zevkiler, s. 891.

42) Şener, Esat, Eski ve Yeni Miras Hukuku, Ankara 1981, s. 839; Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 1995, s. 519; Tour, Art. 465, N.7.

43) Berki, Şakir, Evlat Edinmede Miras, Anka Armağan 1973, s. 21; Berki Şakir, Evlat Edinme ve Evlatlığın Mirası, AÜHF. 1952, s. 52; Tour, Art. 465, N.7.

a) Evlat Edinenin Ölümü Anında Kurulmuş ve Devam Eden Bir Evlatlık İlişkisi Bulunmalıdır.

Evlâtlik ve alt soyunun, evlat edinenin kanuni mirasçısı olabilmeleri için, evlat edinenin ölümü anında geçerli bir evlatlık ilişkisinin bulunması gerekir (44). Hakim izni alınmış ve resmi senet düzenlenmişse evlat edinme ilişkisi meydana gelir ve bu işlemin nüfusa tescilinden önce, evlat edinen ölü ise, evlatlık ve alt soyu onun mirasçısı olurlar. Çünkü, tescil işlemi, evlat edinmenin kurucu unsurlarından değildir (45).

Evlât edinenin ölümünden önce, evlatlık ilişkisi sona ermiş bulunuyorsa (MK. m. 258), evlatlık ve alt soyunun evlat edinene mirasçı olması sözkonusu olamaz (46). Fakat, evlat edinenin ölümü anında, evlatlık ilişkisinin iptali için açılan dava devam etse veya ölümden sonra evlatlık ilişkisi iptal edilse, evlatlık ve alt soyu için doğan miras hakkı ortadan kalkmaz ve evlat edinenin kanuni mirasçısı olmaları devam eder (47).

b) Evlatlık ve Alt Soyunun Miras Hakkı Kaldırılmamış Olmalıdır

Medeni Kanunda, evlatlık ve alt soyunun miras hakkını düzenleyen madde (MK. m. 447/1) emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu yüzden, MK. m. 257'nin bahsettiği imkandan yararlanarak, taraftar, evlatlık ve alt soyunun kanuni mirasçılığı konusunda, başka şekilde anlaşılabilirler, hatta dilerlerse evlatlık ve alt soyunun hiçbir şekilde evlat edinenin kanuni mirasçısı olamayacaklarını kararlaştırabilirler (48). Mesela, sözleşme ile evlatlığın sadece kanuni mirasçı olabileceği veya evlatlık ve alt soyunun mahfuz hisseleri kaldırılır veyahut da evlatlık ve alt soyunun kanuni mirasçı olamayacakları kararlaştırılabilir.

Evlâtlik ve alt soyunun miras haklarını kısıtlayan veya ortadan kaldıran sözleşmeler resmi şekilde ve evlat edinme sözleşmesinden önce yapılmış olmalıdır (49). Bununla beraber, sözkonusu sözleşmenin evlatlık edinme sözleşmesi ile birlikte yapılmasına cevaz verilmektedir (50). Fakat evlat edinme

44) Escher, A. Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku (Çev. Ansay, Sabri Şakir) Ankara 1949, m. 464, N.2; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukukuna Giriş, İstanbul 1966, s. 71; Berki (Evlâtlığın Mirası), s. 24.

45) Kocayusufpaşaoğlu, s. 70; Şener, s. 839.

46) Köprülü, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1985, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, s. 71.

47) Dalamanlı, Lütfi, Miras Hukuku ve Tatbikatı, İstanbul 1983, s. 44; Şener, s. 839.

48) İmre, Zahit-Erman, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1993, s. 35-36; Belgesay, s. 26; Berki (EM), s. 28; Escher, m. 464, N.2

49) İnan, Ali Naim, Miras Hukuku, Ankara 1982, s. 87; Berki (Evlâtlığın Mirası), s. 23.

50) Egger, s. 57; Kocayusufpaşaoğlu, s. 72.

sözleşmesinden sonra yapılan ve kanuni mirasçılık hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşmeler hukukten değer taşımaz, geçersizdirler (51).

2- Evlatlığın Mirasçılığının Hukuki Mahiyeti

a) Genel Olarak

Kanuni miras hakları, bir sözleşme ile bertaraf edilmedikçe, evlatlık ve alt soyu, evlat edinene kanuni ve mahfuz hisseli mirasçısı olurlar (52). Bu durumda evlatlık ve alt soyu, evlat edinene birinci zümre mirasçısıdır ve diğer zümre mirasçılarının kanuni mirasçı olmalarını engellerler.

b) Evlatlık İlişkisinden Doğan Kanuni Mirasçılık Tek Taraflıdır ve Sınırlı Bir Mirasçılıktır

Evlatlığın kanuni mirasçılığı tek taraflıdır. Çünkü, yalnız evlatlık ve alt soyunun evlat edinene mirasçı olması kabul edilmiştir. Buna karşın, evlat edinen ve hısımları, evlatlığa kanuni mirasçı olamazlar (MK. m. 447/2) (53). Bu kanun hükmü emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılmaz. Fakat, evlatlığın, evlat edinen ve hısımları yararına ölüme bağlı tasarrufta bulunmasına, mesela, evlat edinene mirasçı nasbetmesine herhangi bir engel yoktur (54).

Evlatlık ve alt soyunun mirasçılığı sınırlıdır. Çünkü, evlatlık ve alt soyu yalnız evlat edinene mirasçısı olabilirler, onun hısımlarının kanuni mirasçısı olamazlar (55). Esasen evlatlık sözleşmesi, yalnızca evlat edinene evlatlık ve alt soyu arasında hısımlık meydana getirmekte, buna karşın evlat edinene hısımları ile evlatlık ve alt soyu arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi meydana getirmemektedir (56). Bunun yanında, karı-koca birlikte evlat edinmedikleri müddetçe, evlatlık, diğer eşin mirasçısı da olamaz.

c) Evlatlığın Asıl Ana Babasına Mirasçılığı

Bir kimse evlatlık olması ile onun asıl ana babası tarafından mirasçılığına halel gelmez (MK. m. 257/2). Çünkü, evlat edinme, hakiki usul-füruluk münasabetsini ve mirasçılık durumunu ortadan kaldırmaz. Bu yüzden, evlatlık, nesep çeşidine göre, asıl ana babasına mirasçı olacaktır. (MK. m. 439-443).

52) Ayiter, Nusin/Kılınçoğlu, Ahmet, Miras Hukuku, Ankara 1991, s. 50; Şener, s. 841; Escher, m. 464, N.2.

53) Oğuzman, M.Kemal, Miras Hukuku, İstanbul 1995, s. 63; Kocayusufpaşaoğlu, s. 73; Escher, m. 464; Öztan (Medeni Hukuk) s. 519.

54) Berki (EM), s. 27; Kocayusufpaşaoğlu, s. 73; Escher, m. 464, N.5.

55) Oğuzman, s. 63; İmre/Erman, s. 33; İnan, s. 88; Öztan (Medeni Hukuk), s. 519.

56) Egger, s. 54; Oğuzman, s. 63; İnan, s. 88; Berki (Evlatlığın Mirası), s. 37.

C Evlatlığın Mansup Mirasçılığı

Bazı durumlarda, evlatlık ve alt soyu, evlat edinenin kanuni mirasçısı olamazlar. Bu da, evlat edinme sözleşmesinden önce yapılmış olan bir resmi senetle, evlatlığın miras hakkı, ortadan kaldırılır ise, evlatlık ve alt soyu, evlat edinenin kanuni mirasçısı olamazlar (57). Ama mansup mirasçı olarak terekenin belirli bir kısmına veya tamamına sahip olabilirler. Mesela, evlat edinenin kanuni mirasçısı bulunursa, bu durumda evlatlık terekenin belirli bir kısmına mansup mirasçı olarak sahip olabilir; evlat edinenin hiç mahfuz hisseli mirasçısı bulunmadığı durumlarda evlat edinen bütün tereke üzere mirasçı nasbederek, mansup mirasçı sıfatıyla bütün terekeye sahip olmasını sağlayacaktır.

D- Evlat Edinenin Evlatlıktan Mirasçılığı

1. Kanuni Mirasçılığı Yoktur

Medeni Kanunumuzda, evlat edinmenin, evlatlığına mirasçı olamayacağı açık olarak düzenlenmiştir (MK. m. 447/2). Bu mirasçı olamama durumu, yalnızca kanuni mirasçılık durumu ile ilgilidir (58). Çünkü, evlat edinen, evlatlığın mirasını mansup mirasçı sıfatı ile elde edebilir. Hatta bu durumda asıl ana babasından daha fazla hisse alabilir.

2. Evlat Edinenin Mansup Mirasçılığı

Evlatlık, terekesinin mahfuz hisseler dışında belirli bir kısmını veya tamamını mirasçı nesp ederek evlat edinene bırakabilir. Bu durumda, evlat edinen, evlatlığa mirasçı olur. Mesela, evlatlığın mahfuz hisseli kanuni mirasçısı bulunmadığı durumlarda, terekenin tamamı tasarruf nisabı sayılacağından evlatlık, bütün terekeye evlat edinene mirasçı nasp etmiş olabilir. Bu durumda, evlat edinen, mansup mirasçı sıfatıyla, evlatlığın mirasçısı olur (59).

SONUÇ

Akdi bir bağlılığa dayanan kanun mirasçılıktan biri de evlat edinme sözleşmenin sonucu olarak meydana gelen evlatlığın mirasçılığıdır.

Medeni Kanunumuzun 253 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen, evlat edinme müessesesi bir taraftan çocuğu bulunmayan ve çocuk beklemesine imkan olmayan kimselere, çocuk sevgisini ve şefkatini verirken diğer taraftan,

57) Berkî (EM), s. 32

58) Berkî (EM), s. 33; Belgesay, s. 25; Escher, m. 464, N.5; Öztan (Medeni Hukuk), s. 519.

59) Berkî (EM), s. 34; Escher, m. 464, N.5.

kimsesiz çocuğa bir aile ocağında bakılmasını sağlayan hissi, sosyal ve hatta mirasçısı olmayan kimselere mirasçı bırakabilme özelliği dolayısıyla ekonomik bir amacı da gerçekleştiren müessesedir.

Bu esaslardan hareket eden kanun koyucu, evlat edinen ile evlatlık arasındaki münasebetleri bazı sınırlar içerisinde de olsa, aynen sahih nesepli fûrularla ana babası arasındaki münasebetler gibi düzenlenmiştir. Bu sebeple, sahih nesepli fûrundan farklı olarak, bu münasebetler, evlat edinilen ile, evlatlık ve onun alt soyu arasında kalmakta, yani evlat edinme sözleşmesi ile kurulan bu sun'i nesep bağı, evlatlık ve onun alt soyu ile, evlat edinen arasında olup, evlatlık ile evlat edinen kimsenin hısımları arasında bir hısımlık ilişkisi meydana getirmez. Dolayısıyla, evlatlığın mirasçılığı da bu sınırlar dahilinde kalmaktadır, yani evlatlık ve onun alt soyu, yalnızca evlat edinene mirasçı olurlar.

İŞÇİ ÜCRETİNİN BU ÜCRETE YÖNELİK HACİZ VE İŞVERENİN İFLASI İLE İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE KORUNMASI

N. Binnur SÜMER (*)

GİRİŞ

Genel olarak ücret, işçinin hizmet sözleşmesi gereğince, işveren yararına gördüğü işin karşı edimidir (1). Dolayısıyla ücret, görülen bir hizmetin karşılığı olup, hizmet sözleşmesine dayanarak bir işte çalışan işçiye, yaptığı işe karşılık olmak üzere ödenir (2).

İş Kanunu 26/1'de "genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında, işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağı kapsar" şeklinde ifade edilen ücret, hizmet sözleşmesinin temel ve kurucu unsurlarındandır. Bunun yanısıra ücret, işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarını yakından ilgilendiren bir faktördür (3).

Klasik ve liberal anlayışın hakim olduğu dönemlerde, sadece iktisadi bir kavram olarak ele alınan ücret, işçi ve işverenin anlaşmaları ile serbestçe belirlenebilmiştir (4). Ancak ücretin, işçinin ve ailesinin tek gelir ve geçim kaynağı olduğu gözönünde bulundurulurken, ayrıca düzenlenmesi ve korunması yoluna gidilmiştir (5). Dolayısıyla, işverenin ücret ödeme borcu, sıradan bir borç olmaktan çıkarılarak, sosyal karakteri ön plana çıkarılmıştır (6). Bu sebeple, işçinin ekonomik ve sosyal bakımdan imkanları daha fazla olan işverene karşı korunması

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Görevlisi.

- (1) Tankut CENTEL, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 58; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 139; Adil İZVEREN, İş Hukuku, C. 1, 2, 3, Ankara 1974, s. 131; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 11.B., İstanbul 1992, s. 107.
- (2) Tankut CENTEL, İş Hukuku, C. 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1992, s. 139; H. Kemal ELBİR, İş Hukuku, 9. B., İstanbul 1987, s. 74; Seza REİSOĞLU, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s. 40, 41.
- (3) EKONOMİ, s. 130; CENTEL, s. 45.
- (4) Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, C. 1, 2. B., İzmir 1994, s. 203; İZVEREN, s. 132; EKONOMİ, s. 130.
- (5) NARMANLIOĞLU, s. 202; İZVEREN, s. 132.
- (6) NARMANLIOĞLU, s. 203; EKONOMİ, s. 130; İZVEREN, s. 132; CENTEL, s. 59.

amacıyla, ücretin tespiti konusunda irade serbestisi daraltılmış ve Devletin geniş ölçüde müdahalesine yer verilmiştir (7). Zira, ücret ödeme borcu, işçinin işi yapma borcu karşısında, işverenin hizmet sözleşmesinden doğan temel borçlarından birisidir. Bu sebeple, işverenin bu borcunu yerine getirmesi amacıyla, Devlet, ücretin korunmasına ilişkin emredici hukuk kuralları koyarak, sözkonusu borca müdahale etmiş ve sanayi ihtilalinden sonraki yıllarda çıkarılan kanunlarla, işçilerin ücret bakımından korunmaları sağlanmıştır (8).

Ücret, Anayasa'da düzenlenerek, teminat altına alınmıştır. Buna göre, "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır" (AY.md.55).

Ücretin sosyal ve iktisadi öneminden dolayı buna ilişkin kanuni düzenlemelerde, işçi ve ailesinin hayat seviyesinin yükseltilmesinin yanısıra, ücret alacağının işverene, üçüncü kişilere ve işçinin kendisine karşı korunması da amaçlanır. Yani işçinin tek geçim kaynağı olan ücretin, belirli bir sınırın altına indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması tehlikesini önleyecek kurallar ile ücretin, teminat altına alınması sağlanır. Böylece, işverenin ücret ödeme borcunu eksiksiz yerine getirmesi, iflas veya icra takibi gibi ekonomik açıdan zorda kaldığı bir dönemde dahi, işçinin haklarının mümkün olduğunca korunması gerekir. Bunun gibi, ücretlerin işçi alacaklıları karşısında sınırlı bir haciz koruması altında bulundurulmaları da sözkonusudur (9).

Çalışmamızda öncelikle, işçi ücretinin, bu ücrete yönelik haciz halinde korunmasını, daha sonra ise, işçi ücretinin işverenin iflası ve işverene yönelik haciz halinde korunmasını inceleyeceğiz.

1- İŞÇİ ÜCRETİNİN BU ÜCRETE YÖNELİK HACİZ HALİNDE KORUNMASI

Kural olarak alacaklılar, alacaklarını alamadıkları zaman, borçlunun malvarlığını teşkil eden ve parasal bir değer taşıyan, mal, alacak ve hakları haczedebilirler (10). Bu açıdan, borçlunun malvarlığı alacaklılara karşı bir çeşit teminat oluşturmaktadır. Ancak malvarlığında yer alan bütün mal ve haklar,

(7) NARMANLIOĞLU, s. 206; EKONOMİ, s. 130.

(8) ÇELİK, s. 107; CENTEL, s. 47.

(9) CENTEL, s. 330; EKONOMİ, s. 148.

(10) Talih UYAR, İcra Hukukunda Haciz, 2. B., Manisa 1990, s. 468; Baki KURU-Ramazan ARSLAN-Ejder YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 4. B., Ankara 1993, s. 197; Baki KURU, İcra ve İflas Hukuku, C. 1, 3. B., İstanbul 1988, s. 778; Saim ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukukunun Esasları, 3. B., İstanbul 1982, s. 190 vd.; İhan E. POSTACIOĞLU, İcra Hukuku Esasları, 4. B., İstanbul 1982, s. 330.

istisnasız olarak, alacaklıların alacaklarının teminatı durumunda değildir (11). Zira, borçlunun ve ailesinin hayatını ve ekonomik varlığını sürdürülebilmesi için, bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceği esası kabul edilmiştir (İİK.md.82-83).

Haczin konusunun bu şekilde sınırlandırılmasının temelinde bir takım sosyal düşünceler yer almaktadır. Bundan dolayı, özellikle borçlunun hayati ihtiyaçlarını karşılayacak malların kendisine bırakılıp, başkasına muhtaç hale gelmesinin engellenmesi suretiyle korunması ve bunun yanında takip hukukunun ihtiyaçlarının mümkün olduğu ölçüde karşılanması amaçlanmaktadır (12). Bu düşüncelerin sonucu olarak, haczi mümkün olmayan mallar kategorisi, İİK.md.82 ve 83'de düzenlenmiştir.

Borçlunun bazı mal, hak ve alacaklarının tamamının haczi mümkün olmayıp, bunlar, İİK.md.82'de 12 bent halinde belirtilmiştir. Bazı durumlarda ise, haciz yolu tamamıyla kapatılmamış, sadece sınırlandırılmıştır. Bu suretle, İİK.md.83'de kısmen haczi caiz olan mallar düzenlenmiştir. Borçlunun emek vererek elde ettiği haklarla, belirli dönemlerde elde ettiği hakların ne oranda haczedilebileceği, bu maddede belirtilmiştir. Buna göre, "Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenid olmayan nafakalar, tekaüd maaşları, sigortalar veya tekaüd sandıkları tarafından tahsis edilen iradlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir. Ancak, haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Birden fazla haciz var ise, sıraya konur. Sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez".

İcra hukukunda, işçi ücretinin haczi, bu madde gereğince, "kısmen haczi caiz olan şeyler" kategorisinde yer almıştır. Böylece, tek geçim kaynağı ücret olan işçi ve ailesinin korunması amacıyla, ücretinin bir bölümünün takip dışı bırakılması esası kabul edilmiştir (13).

İşçi ücretinin haczinin sınırlandırılması ile ortaya çıkan ücretin bir bölümünün haczedilmezliği esası, İİK.md.83'ün yanısıra, "ücretin saklı kısmı" başlığı altında, İş K.md.28'de de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilmez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir".

İİK.md.83 ile İş K.md.28'de yer alan bu düzenlemeler arasında, işçi ü-

(11) POSTACIOĞLU, s. 330; ÜSTÜNDAĞ, s. 190 vd.; CENTEL, s. 341.

(12) UYAR, s. 468; POSTACIOĞLU, s. 330; ÜSTÜNDAĞ, s. 190.

(13) CENTEL, s. 342; KURU, s. 833; POSTACIOĞLU, s. 373; ÜSTÜNDAĞ, s. 215.

retinin haczinde gözönünde bulundurulacak ölçü ile haczedilemeyecek ücret miktarı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Kanaatimizce, her ne kadar İcra ve İflas Kanununda yeralan düzenlemede "kısmen haczi caiz olan şeyler" içinde ücret de sayılmış olmasına rağmen, İş Kanunu, İcra ve İflas Kanununa göre, hem özel nitelikte hem de sonraki tarihli bir düzenlemedir (14). Bu açıdan İş Kanununa tabi işçiler bakımından, İş K.md.28 hükmü uygulanmalı ve bunun İİK.md.83 hükmünü kaldırdığı kabul edilmelidir. İş Kanununa tabi olmayan işçiler hakkında ise, İİK.md.83 hükmü uygulanmalıdır (15).

İİK.md.83'de ücretin, "borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra" haczolunabileceği, ayrıca bu miktarın, ücretin dörtte birinden az olamayacağı belirtilmektedir. Ancak, İş K.md.28 hükmü, işçi ve ailesinin geçinmeleri için gerekli ücret miktarının takdirini hakime bırakmaktadır. Bu durumda da, belirlenen miktar, ücretin haczedilebilecek bölümüne dahil edilmemiştir.

Uygulamada, gerek İcra ve İflas Kanununa göre, gerekse İş Kanununa göre, işçi ve ailesinin geçimi için zorunlu olup, haczedilemeyecek ücret miktarının belirlenmesi oldukça zordur. Bu durumda, öncelikle işçi ailesi kavramının belirlenmesi gerekir. İşçi ailesi kavramı, geniş yorumlanmalı ve sadece eş ve 18 yaşını doldurmamış çocuklardan oluşan bir bütün olarak anlaşılmamalıdır (16). Zira, işçinin kanunen (MK.md.152/2) bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yanısıra, kanunen (MK.md.315) yardımıyla yükümlü olduğu yakınlarının da, birlikte oturulmasa dahi, aileden sayılmaları, sözkonusu hükümlerin amacına uygun düşmektedir (17). Bu konuda, işçinin kanunen değilse bile, ahlaken bakmak durumunda olduğu yakınları da, aile kavramı içinde yorumlanmalıdır (18). Dolayısıyla, belli bir sosyolojik veya biyolojik ölçünün dışında, aile kavramının sınırları, hayat ihtiyaç ve gereklerine göre belirlenmelidir (19).

Aile kavramının sınırı bu şekilde belirlendikten sonra, işçi ve ailesinin geçimi için gerekli miktarın saptanması gerekir. Bu miktarı, İş Kanununa göre hakim, İcra ve İflas Kanununa göre icra memuru, işçi ailesinin üyelerinin sayısını, bunların gerektirdiği giderler ile aileye yaptıkları parasal katkıları gözönünde bulundurarak, sosyal, eğitim ve sağlık durumlarına (20) göre takdir eder

(14) KURU, s. 834; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 219-220.

(15) CENTEL, s. 343.

(16) CENTEL, s. 337; Erkan ÇANAK, Maaş ve Ücret Haczi, Adalet Dergisi, S. 3, 1984, s. 571.

(17) Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 540.

(18) REİSOĞLU, s. 93; CENTEL, s. 337.

(19) ÇANAK, s. 571.

(20) Doktor, ilaç ve benzerleri için yapılan fazla masrafların, ücretin haczedilemeyen kısmının hesaplanmasında dikkate alınabilmesi için, bunların işçi tarafından isbat edilmesi gerekir. Bkz. ÜS-TÜNDAĞ, s. 216, dn. 584; UYAR, s. 703.

(21) (22). Hakim veya icra memuru, işçi ve ailesinin geçimi için gerekli miktarın takdirini kendisi yapabileceği gibi, gerekli durumlarda, bilirkişiye de başvurabilir. Bu konudaki karara karşı, işçi ve ailesinin Tetkik Mercii'ne şikayet hakkı (İİK.md.16) vardır (23).

İşçi ücretinin haczinde, haczedilemeyecek miktar bakımından, İİK.md.83 ile İş K.md.28 arasında uyum yoktur. İİK.md.83/2'ye göre, "...haczolunacak miktar, bunların dörtte birinden az olamaz". Yani, ücretin "... borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra..." haczolunabileceği; haczolunacak miktarın ise her halde ücretin dörtte birinden az olamayacağı belirtilmektedir. Bu durumda, işçinin ücretinin tamamı, işçi ve ailesinin geçinmeleri için yeterli olmasa bile, sözkonusu hüküm gereğince, işçi ücretinin dörtte biri haczedilebilecektir. Yani işçi ücretinin haczinde, asgari sınır, ücretin dörtte biri olup, icra memuru her halde bu kısmı haczedecek; ancak dörtte birinden daha fazla miktarı haczetmek isterse, işçi ve ailesinin geçimi için gerekli olarak belirlenen miktar, azami sınırı teşkil edecektir (24). Başka bir ifade ile, işçi, kendisi ve ailesinin geçinmesi için gerekli olan miktarın, ücretin dörtte üçünden daha fazla olduğunu ve haczin dörtte birden daha az miktar hakkında yapılmasını isteyemez. Ancak uygulamada, genellikle borçlunun ücretinin dörtte birinin haczi ile yetinilmektedir (25).

İş K.md.28'de ise, işçilerin aylık ücretinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceği belirtilmektedir. Ancak, ücretin haczedilemeyecek dörtte üçlük kısmı, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından belirlenecek miktardan az ise, bu durumda haczedilebilecek miktar, ücretin dörtte birinin altında kalabilecektir (26). Başka bir ifade ile, işçinin ailesi için takdir edilen miktar, ücretten çıkarıldıktan sonra, kalan kısım, ücretin dörtte biri oranına kadar haczedilebilecektir (27). Böylece, işçi ücretinin, işçi ve ailesinin geçimi

(21) CENTEL, s. 333; ÜSTÜNDAĞ, s. 215, 216; ÇANAK, s. 571; UYAR, s. 703; NARMANLIOĞLU, s. 226; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 220; ÇENBERCİ, s. 539; REİSOĞLU, s. 193, 194.

(22) Bunların dışında, işçi ve ailesinin geçimi için gerekli miktarın tesbitinde, işin gerektirdiği ölçüde, ikamet masrafları, haczedilemeyen bir mal alınmışsa taksit borçları, tahsil masrafları, işçinin aile hukuku kurallarına göre, ailesi fertlerinden aldığı veya almaya yetkili olduğu gelirler de dikkate alınmalıdır. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 216.

(23) Yargıtayın bu konudaki bir kararına göre, "Borçlunun almakta olduğu maaş, ücret ve tahsisat kendisinin ve ailesinin geçimleri için lüzumlu miktarda hariç tutulmak suretiyle tamamen haczedilebilir (İİK.md.16, 17, 18, 83). Geri kalan para kendisini ve ailesinin geçimine kifayet etmediği takdirde borçlu bu sebeple ve 83. maddeye tevfikan şikayette bulunabilir", YİD., 30.1.1968, E. 1018, K. 898, Memduh YELEKÇİ/İlhami YELEKÇİ, No.lu, İzahlı, İçtihatı Uygulamada İcra ve İflas Kanunu, 3.B., Ankara 1994, s. 265. Ayrıca bkz. KURU, s. 834; UYAR, s. 703.

(24) KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 274; UYAR, s. 703; ÜSTÜNDAĞ, s. 219; POSTACIOĞLU, s. 373; KURU, s. 834.

(25) CENTEL, s. 343; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 274; KURU, s. 834; ÇANAK, s. 575.

(26) EKONOMİ, s. 149; NARMANLIOĞLU, s. 226; TUNÇOMAĞ, s. 134; ÇENTEL, s. 343.

(27) NARMANLIOĞLU, s. 226.

için belirlenen miktardan az olması halinde, haczin yapılması mümkün değildir.

Hacedilemeyecek ücret miktarı, İş K.md.28'in 2869 sayılı Kanununun 6. maddesi ile değiştirilmesinden önceki dönemde, "ayda 240 TL" olarak belirlenmişti. Söz konusu değişiklikle, bu miktarın, "aylık ücretin dörtte birinden fazla olması esası" kabul edilmiştir. Sabit miktar yerine, işçi ücretinin belirli bir oranının esas alınması, işçiyi koruma amacının gerçekleşmesi açısından yerinde olmuştur (28). Ancak, İş K.md.28'de böyle bir değişiklik yapılmış olmasına rağmen, Deniz İş K.md.32'de bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu durumda, hacedilemeyecek ücret miktarı, gemiadamları bakımından halen ücretin 240 TL'dir. Söz konusu miktar ile, İş K. değişik md. 28 hükmünde belirlenen oran arasında paralellik sağlanması, gemiadamlarının ücretlerini belirli bir teminat sağlayacaktır (29).

Hacedilemeyecek ücret miktarı belirlenirken, ücretin asıl ücret veya asıl ücretle birlikte ücret eklerini de içerip içermediğinin gözönünde bulundurulması gerekir. Bu konuda, kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bu gerekçeyle, burada sözkonusu olan ücretin İş K.md.26/1 anlamında "genel anlamda ücret", yani asıl ücret olduğu ileri sürülmektedir (30). Ancak bu durum, İş K.md.28 ve Deniz İş K.md.32'nin amacına ters düşmektedir. Dolayısıyla ücretin, asıl ücretin yanısıra, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri (İş K.md.30/2), prim, ikramiye ile yeme, içme, giyim, barındırma, ısıtma ve aydınlatma karşılığı şeklinde görülen aynı ödemeler gibi ücret eklerini de içermesi, hacizde işçinin ve ailesinin korunması esasına daha uygundur (31).

İşçi ücretinin haczi, bu şekilde sınırlanmakla beraber, İş K.md.28 ile Deniz İş K.md.32'de "bu kayıtlamalar, nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz" hükmüne yer verilerek, nafaka alacağı için takip yapan alacaklının alacağı için işçi ve gemiadamının ücretinin tamamının hacedilebilmesi imkanı yaratılmıştır (32).

Nafaka miktarı, mahkeme tarafından borçlu ve nafaka alacaklısının geçimi için gerekli miktar gözönünde bulundurularak belirlenir. Söz konusu nafaka alacağı, işlenmiş veya işleyecek miktar olabilir. Eğer işçinin ücretine hem işlenmiş hem de işleyecek nafaka alacağı için haciz talebinde bulunulursa, işçi ücretinden öncelikle, "işleyecek nafaka alacağı" kesilir, daha sonra kalan bölümün dörtte biri

(28) ÇENBERCİ, s. 539; CENTEL, s. 344.

(29) CENTEL, s. 344.

(30) ÇENBERCİ, s. 538.

(31) CENTEL, s. 344.

(32) Burada sözkonusu olacak nafakalar, Medeni Kanunun öngördüğü tedbir, iştirak ve yoksulluk (MK.md.315) nafakalarıdır.

de "işlemiş nafaka alacağı" için kesilir (33).

Nafaka alacaklarının ücretin tamamına ulaşmadığı hallerde, adi alacaklar ile imtiyazlı olan nafaka alacağının İİK.md.83 bakımından, ücretin haczedilemez bölümü üzerine yapacakları etki hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

POSTACIOĞLU, İİK.md.83'ün ücretin dörtte birini mutlak olarak alacaklılara bıraktığını, böylece adi alacaklılara sözkonusu dörtte birlik ücret miktarı üzerinde bir çeşit imtiyaz tanınmış olduğunu ve bu nedenle de, nafaka alacaklısının ücretin dörtte üçlük miktarından tatmin olunacağını, dörtte birlik kısmın ise adi alacaklılara bırakılacağını belirtmiştir (34).

ÜSTÜNDAĞ ise, nafaka alacaklarından kalan ücret bölümünün, işçi ve ailesinin geçinmesi için belirlenen miktar çıktıktan sonra ve dörtte birden aşağı olmamak üzere, diğer alacaklar tarafından haczedilebileceğini kabul etmiştir (35).

Kanaatimizce, belirtilen bu son görüş yerindedir. Zira, İİK.md.83'de, ücretin dörtte birini alacaklılar arasında bir ayırım yapılmadan haczedilebileceği belirtilmemiş; ancak İş K.md.28 ile Deniz İş K.md.32'de nafaka alacaklıları konusunda, her hangi bir kayıtlamanın sözkonusu olamayacağını kabul edilmesi suretiyle, adi alacaklar için belli bir miktar ayrılmamıştır. Dolayısıyla, ücretten nafaka alacağı çıkarıldıktan sonra, işçi ve ailesinin geçimi için gerekli olan miktar da ayrıldıktan sonra, kalan miktar üzerinde, dörtte birden az olmamak üzere adi alacaklar için haciz konulabilir.

İşçinin ücreti üzerinde, bir adi alacakdan dolayı haciz varken, nafaka alacaklısının hem işlemiş hem de işleyecek nafaka alacağı için haciz talebinde bulunması halinde, öncelikle işçinin ücretinden "işleyecek nafaka alacağı" kesilir; sonra ücretin kalan bölümünün dörtte biri, nafaka alacaklısından önce haciz talebinde bulunan alacaklı için haczedilir ve bu alacak tamamen ödenir. Daha sonra işçinin ücreti, dörtte bir oranına kadar "işlemiş nafaka alacağı" için kesilir (36).

İİK.md.83/a'ya göre, "82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir". Zira borçlu, hacizden evvel böyle bir feragatin sonuçlarını tahmin edemez. Ayrıca bir malın haczedilemez olduğu ancak borçlunun ve ailesinin haciz anındaki durumuna göre tespit edilir. Bununla beraber, borçlunun haciz sırasında ondan

(33) İİD. 25.11.1954, T., 4910/5076. Karar metni için bkz. UYAR, s. 708, 709.

(34) POSTACIOĞLU, s. 372, 373 ve dn. 96.

(35) ÜSTÜNDAĞ, s. 220. Aynı doğrultuda bkz. UYAR, s. 704; CENTEL, s. 345 ve İİD. 13.2.1958 T., 866/821. Karar metni için bkz. UYAR, s. 708.

(36) ÜSTÜNDAĞ, s. 220; UYAR, s. 704.

sonraki bir devrede muayyen bir mal, maaş veya ücretinin haczedilemezlik sıfatından feragat etmesi geçerlidir. Bu feragat açık bir bayan ile olabileceği gibi, şikayet hakkının kullanılmaması suretiyle zimni de olabilir (37).

İşçi ücretinin haczedilebilen kısmına, birden fazla alacaklı tarafından haciz koydurulursa, bu hacizler konuluş tarihlerine göre sıralanır. Bu durumda ücret, ilk alacaklı tarafından kısmen haczedildikten sonra, bu haczin kesintisine gidilemez (İİK.md.83/2).

İşçinin ücreti haczedilince, icra dairesi, işçinin yanında çalıştığı işverene durumu bir yazı ile bildirir. Bu bildiri, işçinin ücretinin haczedildiği, işçinin ücret miktarının en geç bir hafta içinde icra dairesine bildirilmesi ve borç bitinceye kadar icra dairesinin bildiri gereğince haczedilen ücret miktarının işçinin ücretinden kesilip, hemen icra dairesine gönderilmesi hususları işverene ihtar olunur (İİK.md.355/1). İşveren, işçinin durumundaki değişiklikleri de derhal icra dairesine bildirmek zorundadır (İİK.md.355/2).

İİK.md.355'de yeralan hükümlere uymayanların, kesmedikleri veya kesip de ilk vasıta ile göndermedikleri para, ayrıca mahkemeden hüküm alınmasına gerek kalmaksızın, icra dairesince bu kimselerin ücretlerinden veya diğer mallarından alınır (İİK.md.356). Bu hükümlere uymamış olanlar hakkında ceza kovuşturması da yapılır (İİK.md.357).

2- İŞÇİ ÜCRETİNİN İŞVERENİN İFLASI VE İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE KORUNMASI

I- İŞVERENİN İFLASI HALİNDE

İflas borçlunun bütün alacaklılarının haczedilebilen bütün malvarlığından eşit olarak tatminini amaçlayan bir cebri icra yoludur. Yani, iflas talebinde bulunarak, mahkemeden iflas kararını almış olan alacaklının, diğer alacaklılara karşı bir öncelik hakkı olmadığı gibi, alacağını iflas masasına bildirmiş olan bir alacaklının da, daha sonra bildiren alacaklılar yanında bir üstünlüğü yoktur. Ancak, İİK.md.206 hükmü ile, ilk beş sıradaki alacaklılara imtiyaz tanınmıştır. Söz konusu imtiyaz, zaman bakımından olan bir imtiyaz olmayıp, alacakların niteliğine bağlı olan bir imtiyazdır (38). İşçinin ücretine ilişkin alacaklar da, işverenin iflası durumunda özel bir korumadan yararlanan, imtiyazlı alacaklardandır.

Masa mallarının satılmasının sonunda elde edilen paradan, rehinli ala-

(37) Yargıtayın bu konuda bir kararına göre, "Hacizden evvelki feragati ile borçluyu ilzam etmeye İİK.nin 83/a maddesi hükmü elverişli değildir", YİİD., 16.11.1971, E. 11683, K. 11554, YELEKÇİ, s. 265.

(38) KURU-ARSLAN, YILMAZ, s. 464 vd.

caklar, masa alacakları, bir malın ayınından doğan amme alacakları ve özel kanunlarla kabul edilmiş imtiyazlı alacaklar ödendikten sonra kalan para, İİK.md.206'da belirtilen sıraya göre adi alacakların (imtiyazlı ve imtiyazsız) ödenmesine tahsis edilir.

İşçi ücretine ilişkin alacaklar da imtiyazlı bir iflas alacağı olup, İİK.md.206'da yer alan sıralamada birinci sırada bulunmakta ve şu şekilde belirtilmektedir. "A) İflasın açılmasından evvelki bir yıl için hizmetçi ücretleri; B) İflasın açılmasından evvelki bir yıl için yazıhanenin memur, katip ve müstahdemleri ile müessesede daimi çalışan memur ve müstahdemlerin ücretleri; C) İflasın açılmasından evvelki bir yıl için gündelik veya parça üzerine çalışan fabrika işçileri ile sair işçilerin kanun ve sözleşmelerden doğan ücret ve para ile ölçülebilen hak ve menfaatleri...".

İşçi ücretine tanınan bu imtiyaz, işverenin iflasından önceki ücret alacaklarına ilişkindir. Zira, bu döneme ait işçi ücreti alacağı, iflas alacağı olup, İİK.md.206'daki imtiyazdan yararlanır. Ancak, işverenin iflasından sonraki döneme ilişkin ücret alacağı hakkında böyle bir imtiyaz sözkonusu değildir (39). Aynı şekilde, imtiyazlı olarak kabul edilen işçi ücretleri, iflasın açılmasından evvelki bir yıllık ücretleridir. Bu sebeple, bunun dışındaki ücret alacakları hakkında da imtiyaz sözkonusu değildir (40).

İİK.md.206'da yer alan altı sıranın herbiri kendi aralarında eşit haklara sahiptirler. Ayrıca, bir sıra evvelki alacaklılar alacaklarını tamamen alamadıkça, sonra gelen sıradakiler bir şey alamazlar (İİK.md.207). Dolayısıyla, birinci sırada belirtilen işçi ücreti alacağı ödenmedikçe, diğer sıralardaki alacakların ödenmesine geçilemez.

II- İŞVERENE YÖNELİK HACİZ HALİNDE

İşverenin iflası halinde, işçi ücreti alacağınının diğer alacaklar karşısındaki imtiyazı, haciz bakımından da sözkonusudur. Zira, tamamlama haczi ile haczedilen malların satış tutarı ile, daha önce haczedilmiş ve satılmış bulunan malların satış tutarı toplamı, aynı derecede hacze iştirak etmiş olan (İİK.md.100-101) bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse, icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar (İİK.md.140). Bu sıra, alacaklılar md. 206 gereğince iflas halinde hangi sıraya girmeleri gerekiyorsa, buna göre belirlenir (İİK.md.206/2) (41). Dolayısıyla, İİK.md.206'ya göre birinci sırada yer alan işçi

(39) İlhan POSTACIOĞLU, İflas Hukuku İleleleri I, İstanbul 1978, s. 195; CENTEL, s. 347; NARMANLIOĞLU, s. 230; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 544.

(40) POSTACIOĞLU, İflas, s. 195; NARMANLIOĞLU, s. 220.

(41) Daha geniş bilgi için bkz. Saim ÜSTÜNDAĞ, İflas Hukuku Dersleri, (İflas-Konkordato-İptal Davaları), İstanbul 1983, s. 107 vd.; POSTACIOĞLU, s. 534 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 345 vd.; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 465-466.

ücreti alacağı, işveren hakkında haciz yoluyla yapılan takipde de, kanunen birinci sırada kabul edilmiştir.

Ayrıca, İİK.md.317 gereğince, Bakanlar Kurulu, özellikle sürekli ekonomik buhran gibi olağanüstü durumlarda, borçlulara borçlarını ödemeleri için uzun süreler tanıyabilirler. Ancak, bu süreler, işverenin ücret borçları hakkında uygulanmaz; işçiler ücret alacaklarını bu süreler içinde de talep ve takip edebilirler (İİK.md.326/1) (42).

İşveren hakkında yapılan hacizler konusunda, İş Kanununda da özel bir düzenleme bulunmaktadır. İş K.md.29/3'e göre, "Anılan müteahhitlerin bu maddedeki her çeşit teminat ve istihkakları üzerinden yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında hüküm ifade eder". Hükümde ifade edilen müteahhitler, genel ve katma bütçeli dairelerle, mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka kuruluşların her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerini verdikleri kişilerdir (İş. K.md.29/1). Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, "Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş veya tam işlenmiş mallar veya başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra kalan kısmı üzerinde hüküm ifade eder".

SONUÇ

Ücret genel olarak, yapılan bir işin karşılığıdır. Bu açıdan ücret, işçinin hizmet sözleşmesine dayanarak, işveren yararına gördüğü işin karşı edimi olmaktadır.

İşveren karşısında ekonomik açıdan zayıf durumda olan işçi açısından ücret, tek geçim kaynağıdır. İktisadi ve sosyal öneminden dolayı, ücretin korunması, emredici hukuk kuralları konularak, işverenin ücret ödeme borcuna geniş ölçüde müdahale edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Genel olarak ücretin korunması, işçinin ücret alacağının ödenmesini tehlikeye düşürecek işlemlerin önlenmesini ifade etmektedir. Yani, işverenden, üçüncü kişilerden ve hatta işçinin kendisinden kaynaklanabilecek ve ücretin belli bir sınırın altına inmesine veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin işlemlerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Ücretin, işçi alacaklıları karşısında sınırlı bir haciz

koruması altında olması, işverenin iflası veya işverene yönelik icra takibi halinde, işçinin ücret alacağına ilişkin haklarının mümkün olduğunca korunması ücretin teminatını oluşturur. Buna ilişkin düzenlemelere, İcra ve İflas Kanununun yanı sıra, İş Kanununda da yer verilmektedir.

İşçi ücretinin haczinin sınırlanması, kısmen haczedilebilme içinde düşünülmüş ve tek geçim kaynağı ücret olan işçi ile ailesinin korunması amacıyla, ücretin bir bölümünün takip dışı bırakılması esası kabul edilmiştir. İşverenin iflası veya işverene yönelik haciz halinde, işçi ücretine ilişkin alacaklar, İİK.md.206'daki sıralamada ilk sırada yer almakta ve imtiyazlı bir iflas alacağı sayılmaktadır.



VAKIF ÇEŞİTLERİ VE TİCARİ İŞLETME İŞLETEN VAKIFLARIN TACİR SIFATI

Arş.Gör.Nazmi OCAK (*)

V A K I F

I- VAKIFLARA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER, VAKIFLARIN TANIMI VE KURULUŞ ŞARTLARI

A. VAKIFLARA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk Medeni Kanunu'nun "Şahsın Hukuku" başlığını taşıyan birinci kitabının ikinci babını teşkil eden "Hükmi Şahıslar"ın üçüncü faslı, vakıf müessesesini düzenlemektedir (MK.m.73-81/B). MK.'nun vakıflara ilişkin hükümleri, 13-7-1967 tarih ve 903 sayılı "Türk Kanunu Medenisinin Birinci Kitabının İkinci Babı Üçüncü Faslının Değiştirilmesi, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi, Bazı Vakıfların Vergi Muafiyetinden Faydalandırılması Hakkında Kanun" ile önemli derecede değiştirilmiştir.

Medeni Kanunun 903 sayılı Kanunla değişik bu hükümlerinin yanısıra, tüzel kişilere ilişkin genel hükümler (MK.m. 45-52), bunlara aykırı özel hükümler bulunmadıkça, vakıflar hakkında da uygulanır.

Bir de 3-6-1935 tarih ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu mevcuttur. Bu kanunla, Osmanlı Devleti'nden devralınan vakıflara (mülhak ve mazbut vakıflar) ilişkin düzenleme getirilmiştir.

B. VAKIFLARIN TANIMI

Vakıf kelime olarak "tutmak, alıkoymak, hapsetmek" anlamına gelir.

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) EREN, Fikret, "Osmanlı Dönemi Vakıfları", (V. Vakıf Haftası, 7-13 Aralık 1987, VGM. Yayınları, 1988), s. 196; GÜNERİ, Hasan, Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976, s. 5.

Kavram olarak ise, bir ayının (malın) menfaatlerini hayır yönüne tahsis etmekten ibarettir (1).

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda vakıf, "menfaati insanlara ait olmak üzere bir malı Allah'ın mülkü hükmünde daimi surette temlik ve temellükten me-neylemek ve vakfeden kimsenin arzu ettiği cihete sarfetmek" olarak kabul edil-miştir (2).

Günümüzde ise genellikle vakıf, bir malın, sahibi tarafından kendi rıza ve iradesiyle şahsı mülkiyetten çıkartılarak, belirli şart ve amaç ile hayır hizmetine ebediyen tahsis edilmesi olarak tanımlanmaktadır (3).

MK.m.73'ün 903 sayılı Kanunla değişik şekline göre vakıf, başlıbaşına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belli bir amaca tahsisidir.

Bütün bu tanımları dikkate aldığımızda, diyebiliriz ki vakıf; kişilerin mal-larından ayırarak belli bir amaca tahsis ettikleri, tüzel kişiliği haiz mal top-luluğudur.

C. VAKIFLARIN KURULUŞ ŞARTLARI

Vakıfların varlık unsurları, ehliyet, amaç, malvarlığının bu amaca tahsisi olarak kabul edilebilir.

1- Vakıf Kurma Ehliyeti

MK.m.74/1'e göre vakıf iki şekilde (resmi senet veya ölüme bağlı tasarruf) kurulabilmektedir. Her iki halde de vakfı kuranın iradesi tek taraflı ve yö-neltilmesi gerekli olmayan bir irade açıklamasıdır (4):

a) Resmi Senet Yoluyla Vakıf Kurulması

Bu vakıflar, vakfı kuranın sağlığında bağımsız bir kişilik kazanırlar. Kanun koyucu burada, kişileri borç altına sokan diğer işlemlerde olduğu gibi, fiil eh-liyetine sahip olma şartını aramaktadır. Dolayısıyla herhangi bir şekilde reşit olan mümeyyiz ve kısıtlanmamış her kişi, resmi senet yoluyla vakıf kurabilir (5).

(2) ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Demekler, Vakıflar, İstanbul, 1982, s. 355.

(3) V. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Vakıf, Ankara 1983, (T.C. Baş-bakanlık DPT., Yayın No: 1899, Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 295).

(4) KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, b. 2, İstanbul 1984, s. 558.

(5) KÖPRÜLÜ, s. 559.

Buna karşılık tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler, hiçbir surette, bu yolla vakıf kuramazlar. Sınırlı ehliyetliler ise, kanunî müşavirlerinin oyu ile bir vakıf kurma imkânına sahiptirler (MK.m. 379/7). Evli kadının vakıf kurma ehliyeti ise, mal rejimine göre değişir. Evli kadın, mal ayrılığı rejiminde serbestçe vakıf kurabilirken; mal birliği ve mal ortaklığında (mahfuz malları dışta kalmak üzere), vakıf kurabilmek için kocasının muvafakatını almalıdır (6).

Tüzel kişiler de yetkili organları aracılığıyla, bu şekilde bir vakıf kurabilirler (7).

b) Ölümüne Bağlı Tasarruf (Vasiyet) Yoluyla Vakıf Kurulması

Bu vakıflar genellikle bir vasiyetname ile meydana getirilirler. Fakat bir miras sözleşmesinin içinde yer alan, ancak onun sözleşmesel içeriğine girmeyen bir hükümle de vakıf kurulabilir (8).

Vakfın bir vasiyetname ile kurulması durumunda, temyiz kudreti ve 15 yaşın doldurulması yeterli görülmüş, vakfı kurmanın fiil ehliyetine sahip olması aranmamıştır (MK. m.449). Miras sözleşmesine konulacak bir hükümle kurulacak vakıflarda ise, reşit ve mümeyyiz olan kişi, vakıf kurma ehliyetine sahiptir (9).

Tüzel kişilere, bu yolla vakıf kurma imkânı tanınmamıştır (10).

2- Vakıfta Amaç

Amaç, vakfın varlığının bir şartı ve onun tüzel kişiliğinin ruhudur. Bir başka deyişle amaç, vakfın bugündeki ve yarınındaki bütün zamanları içine alan bir süreçteki faaliyet ve hukukî kaderinin temeli, çerçevesidir (11). Nitekim Yargıtay da bir kararında (12), bu görüşü aynen benimsemiştir.

a) Amacın Belirli Olması

Genel ve açık olmayan, karışık veya anlamsız bir amaç, vakfa varlık ka-

(6) KÖPRÜLÜ, s. 560; ÖZSUNAY, s. 383-384.

(7) KÖPRÜLÜ, s. 560; ÖZSUNAY, s. 385.

(8) KÖPRÜLÜ, s. 561; ÖZSUNAY, s. 384.

(9) KÖPRÜLÜ, s. 561; ÖZSUNAY, s. 385.

(10) KÖPRÜLÜ, s. 561.

(11) GÜNERİ, s. 26-27.

(12) Y. 6. HD., T. 16.9.1974, E. 3559, K. 3755 S.'lı yayınlanmamış kararına göre: "Vakıf, başlıbaşına mevcudiyeti haiz olmak üzere, bir malın belli bir amaca tahsisidir. Amaç ise, vakfın gelecek bütün zamanlara şâmil olmak üzere düşünülen hukukî faaliyetini gösterir" (GÜNERİ, s. 27).

zandırmaz. Fakat amacın ayrıntılı olarak belirtilmesi de şart değildir. Vakfın amacı genellikle vakıf senedinin başlangıcında veya senet metninde açıklanır. Bu açıklamanın kesin bir nitelik taşımasına ihtiyaç yoktur. Vakıf senedinde yer alan diğer hükümlerden, yararlananların durumundan ya da vakıf yöneticilerinin sıfatlarından da amacı saptayabilmek mümkündür. Vakfı kuranın sözkonusu malları hangi amaca tahsis ettiği, dolaylı ama açık ve duraksamasız olarak anlaşılıyorsa dahi, yine vakfın amacı belirlidir (13).

Buna karşılık amacın çokluğu, onun belirli olmasına engel olamaz. Çünkü amacın çokluğu ile amacın belirliliği, farklı kavramlardır (14).

b) Amacın Sürekli Olması

Kurulmak istenen vakfın amacı sürekli olmalıdır. Fakat süreklilik, amacın ebediliği anlamına gelmez (15).

c) Amacın Mantıklı Olması

MK.m.74/2'ye göre kanuna, ahlâka ve adâba veya millî menfaatlere aykırı olan veya siyasi düşünce ya da belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek amacı ile kurulmuş olan vakıflar tescil edilemez. Ayrıca vakfın amacı, MK.m.45/2 ile BK.m.19-20'ye de aykırı olamaz (16).

3- Malvarlığı Tahsisi

Bir vakfın kurulabilmesi için, malvarlığının belli bir amaca tahsisi gerekir (MK.m.73/I).

Tahsis, belirli amacın gerçekleşmesini sağlama bakımından önem taşıyan malî ve iktisadî değerlerin, vakıf kuranın malvarlığından ayrılarak, tek taraflı ve yöneltilmesi gerekli olmayan bir işlemle kazandırılmasıdır (17).

Vakfa tahsis edilen malvarlığının miktarının, vakfın amacına uygun olarak çalışabilmesini sağlayacak yeterlilikte olması gerekir. Vakfın amacının gerçekleşmesi malvarlığının azlığı dolayısıyla imkânsız olursa, bu malvarlığı mümkün oldukça benzer amaç izleyen diğer bir vakfa tahsis olunabilir

(13) ÖZSUNAY, s. 387.

(14) KÖPRÜLÜ, s. 568; GÜNERİ, s. 37.

(15) KÖPRÜLÜ, s. 570; ÖZSUNAY, s. 389.

(16) GÜNERİ, s. 38.

(17) KÖPRÜLÜ, s. 562; ÖZSUNAY, s. 392-393.

(MK.m.77/3) (18).

II - VAKIF ÇEŞİTLERİ

Vakıfların çeşitli tasniflere tâbi tutulmaları mümkündür. Biz burada vakıfları, yönetimleri ve amaçları bakımından tasnif edip çeşitlerini belirteceğiz:

A. AMAÇLARINA GÖRE VAKIFLAR

Türk Medeni Kanunu'na göre, amaçları bakımından vakıfları dört grupta toplayabiliriz. Bunlar, aile bireylerine yapılacak yardımı amaçlayan aile vakıfları, dinî amaçlar güden diyanî vakıflar, sadece vakıftan yararlananlara ekonomik çıkarlar sağlamayı amaçlayan istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları ile gelirlerinin en az yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlerin yapılmasına bırakmayı amaçlayan kamuya yararlı vakıflardır (19).

1- Aile Vakıfları

Aile vakıfları, bir aile fertlerinin öğrenim ve eğitimi; denetim ve yardım görmesi, aile arasında dayanışmanın sağlanması ve ailenin ekonomik varlığının güven altına alınması gibi amaçlara yönelik olan ve kişiler hukuku ya da miras hukuku hükümlerine göre kurulan vakıflardır (MK.m.322/I).

MK.m.322/I'de yeralan "aile fertleri" kavramı dar yorumlanmamalıdır. Bu kavram tüm kan hısımlarını, sıhrî hısımları, evlâtlığı, karı-kocayı ve vakfî kuran kişiyi de içerir (20).

2- İstihdam Edilenlere ve İşçilere Yardım Vakıfları

İstihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları, MK'a 903 sayılı Kanunla konulan 77/A hükmüne göre; amacı sadece vakıftan yararlanmak olan istihdam edilenlere ve işçilere bazı ekonomik çıkarlar sağlamak olan (21) ve "çok özel" (22) niteliği haiz bulunan vakıflardır.

(18) KÖPRÜLÜ, s. 563-564; ÖZSUNAY, s. 394-395; Sayın BOLAK'a göre; "Mahkeme, Vakfa tahsis edilen mal ve hakların (ve gelirlerinin) Vakfın gayesinin tahakkukuna yetmeyeceğini düşünürse, teftiş makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mütalâasını alarak, Vakfa tahsis edilen malları mümkün mertebe gayece aynı olan bir vakfa tahsis eder. Yani, hâkim kurucu (Vakfedên) yerine geçerek karar verir". Bu konuda Bkz. BOLAK, Aydın, "Yeni Vakıfların Maruz Kaldığı Sapmalar" (IV. Vakıf Haftası, 1-7 Aralık 1986, VGM. Yayınları, 1987, s. 247-252), s. 248.

(19) GÜNERİ, s. 115; ÖZSUNAY, s. 365-366.

(20) KÖPRÜLÜ, s. 600; ÖZSUNAY, s. 368; GÜNERİ, s. 140.

(21) ÖZSUNAY, s. 369; GÜNERİ, s. 222.

(22) AKÜNAL/TEZEL, Uygulamada Ortaya Çıkan veya Çıkabilecek Sorunlar Açısından MK'a Tâbi Vakıfların Kuruluş, İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar ile Bunların Giderilmesi İçin Alınması Gerekli Hukukî, İdarî, Ekonomik ve Malî Tedbirler "Türkiye'de MK'a Göre Kurulmuş Olan Vakıflar ve Sorunları", İstanbul 1975, s. 246; KÖPRÜLÜ, s. 603.

Bu tip vakıflar, yararlananlara, evlenme, doğum, ölüm, işgöremezlik, hastalık ve emeklilik, konut... v.b. yardımlar şeklinde ekonomik çıkarlar sağ-larlar (23).

3- Diyanî Vakıflar

Diyanî vakıflar, ibadete özgü, sırf dinî amaçlar güden, özel nitelikteki va-kıflardır. Buna göre cami, kilise, havra inşaaı ve buralarda hizmet edecek din görevlilerinin bakılıp beslenmesi ya da din görevlilerinin yetiştirilmesi amacıyla bir okul inşaaı ve öğrencilerinin beslenmesi için kurulan vakıflar, diyanî va-kıflardır. Bununla birlikte amacı sırf diyanî olmayıp; okul, hastane, yetimhane gibi hem ibadet hem de genel çıkarlara hizmet amacıyla yapılan vakıflar, karma diyanî vakıflardır (24).

MK.'da 903 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, diyanî vakıflar hakkında ayrıca bir hükme rastlamak mümkün değildir. Bu durumda MK.m.73vd.'ndaki vakıflara ilişkin hükümler ile MK.m.45vd.'ndaki tüzel kişilere ilişkin hükümler uygulanır (25).

4- Kamuya Yararlı Vakıflar

903 sayılı Kanunun öngördüğü kamuya yararlı vakıflar, gelirlerinin en az yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlerin yapılmasına bırakmay amaç edinmiş bulunan vakıflardır (26).

Adı geçen kanunun 4. maddesine göre; Bakanlar Kurulunca gelirinin en az % 80'i nev'i itibariyle genel, özel ve katma bütçeli idareler, bütçeleri içinde ye-ralan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini istihdaf etmek üzere tahsisen kurulacağı kabul edilen vakıflara, tahsis edilen miktar için vergi ba-ğışıklığı (muafiyeti) tanınabilir. Mesela; Türkpetal Vakfı Vehbi Koç Vakfı, bu muafiyetten yararlandırılmıştır (27).

B. YÖNETİMLERİNE GÖRE VAKIFLAR

Vakıflar yönetimlerine göre, mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, azınlık va-kıflar ve yeni vakıflar olmak üzere dört grupta toplanabilir. Mülhak vakıflar ve

(23) KÖPRÜLÜ, s. 603; ÖZSUNAY, s. 370; GÜNERİ, s. 222.

(24) GÜNERİ, s. 175.

(25) ÖZSUNAY, s. 367; GÜNERİ, s. 177.

(26) GÜNERİ, s. 255.

(27) GÜNERİ, s. 256-257.

mazbut vakıflar, MK'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olup, 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'na tabidir.

Kısaca bu vakıf türlerini ele alalım:

1- Mazbut Vakıflar

Mütevellileri kalmamış, vakfın devamlılığını sağlamak için yönetimi devlet adına VGM'nce yürütülen vakıflar olup, tek bir tüzel kişi teşkil ederler (28). Halen VGM'nce yönetilen bu tür 24.742 vakıf bulunmaktadır (29).

2- Mülhak Vakıflar

Bunlar ayrı ayrı tüzel kişiliği haiz olmakla beraber mütevellileri kanun hükümleri dahilinde tayin olunur (30). Mütevellileri (yönetim organları) tarafından yönetilen, gözetimi ve denetimi devlet adına VGM'nce yürütülen vakıflardır. Sayıları 437 adettir (31).

3- Azınlık Vakıflar

Memleketimizdeki azınlıkların dinî, sosyal, kültürel ihtiyaçlarına cevap veren ve ait olduğu azınlık cemaati tarafından seçilen, yönetim kurulları ile yönetilen, VGM'nün denetim ve gözetimi altında bulunan vakıflardır. bu vakıfların sayısı ise halen 176'dır. 903 sayılı Kanun'la güdülen hedef: Ticarî ve İktisadî işletmelerin ve kuruluşların parçalanmadan devam edip gelirlerini kamu yararına harcayabilmelerini temindir (32).

4- Yeni Vakıflar

13.7.1967 tarih ve 903 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulmuş olan vakıflardır. Bu vakıfların diğer vakıflardan farkı, vergi muafiyetinden yararlanma imkânına sahip bulunmalarıdır (33).

903 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan vakıfları, "kamu görevi niteliğindeki işleri gören vakıflar" ile "kamu görevi niteliğinde olmayan işleri gören

(28) ŞENEL, Sezai, "Vakıf Malvarlıklarının Korunması ve Değerlendirilmesi", (XI. Vakıf Haftası, 6-8 Aralık 1993, VGM Yayınları 1994), s. 234; BİRSEL, M. Tevfik, Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970, s. 130.

(29) ŞENEL, s. 234.

(30) BİRSEL, s. 130.

(31) ŞENEL, s. 234.

(32) ŞENEL, s. 234.

(33) ŞENEL, s. 234; BOLAK, Aydın, "Yeni Vakıfların Ekonomik ve Sosyal Etkileri Ne Olabilir?", (V. Vakıf Haftası 7-13 Aralık 1987, VGM. Yayınları 1988, s. 223-225), s. 223.

vakıflar" diye iki kısma ayırmak mümkündür (34).

1926 yılından 903 sayılı Kanunun çıktığı 1967 yılına kadar yalnızca 50 vakıf kurulabilmişken, 1967 yılından 1986 yılına kadar 200 ve bu tarihten günümüze kadar da 2500'ü aşkın vakıf kurulmuştur. Bunun nedeni 903 sayılı Kanunun getirdiği vergi muafiyetinden yararlanmak isteyen vakıfların, amaçlarını gerçekleştirmelerini sağlayacak yeterlilikte mal ve hakka sahip olmaksızın kurulmuş olmalarıdır (35). Yaptığımız araştırmalar sonucunda, VGM Kültür ve Tescil Daire Başkanlığı raporlarına göre, bu şekilde 3252 vakıf söz konusu olduğunu öğrenmiş bulunuyoruz.

TİCARİ İŞLETME İŞLETEN VAKIFLARIN TACİR SIFATI

I- VAKIFLARIN TİCARİ İŞLETME İŞLETMESİ

A. GENEL OLARAK

Bir vakfın varlığı için, amacın belirli, sürekli olması kadar; amaca tahsis edilen malvarlığının yeterli olması da şarttır.

Başlangıçta aranan bu yeterlilik yanında, vakfın, amacını devamlı faaliyetleriyle gerçekleştirebilmek için maddi imkanlara da ihtiyacı vardır.

Günümüzde, bilhassa 903 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra artan vakıfların birçoğunun ticari işletme işletmesi, yeni bazı sorunlara yol açmıştır. Vakıfların ekonomik amaçla kurulup kurulamayacağı, ticari işletme işleten vakıfların tacir sayılıp sayılmayacağı, bu sorunlardan bazılarıdır.

B. VAKIFLARIN TİCARİ İŞLETME İŞLETMESİNE İLİŞKİN MEVZUAT

1- Türk Medeni Kanunu

Özel hukuk bakımından tüzel kişiler, gelir paylaşıp paylaşmamaları bakımından iki gruba ayrılır. Gelir paylaşma amacı olmayan özel hukuk tüzel kişilerinden birisi de vakıflardır. Bununla beraber vakıflar, amaçlarını gerçekleştirebilmek için, büyük ve sürekli bir amaca tahsis edilmek üzere ticari

(34) BİRSEL, s. 130.

(35) ŞENEL, s. 234; BOLAK, Yeni Vakıfların Maruz Kaldığı Sapmalar, s. 248.

işletme kurma hakkına sahiptirler. Bu hak, tüzel kişilerin tam hak ehliyetlerinden doğar. Kuşkusuz hak ehliyeti, vakıf senedinde yer alan amaçla sınırlıdır. MK.m.46, vakıfların bu haklarının kaynağını teşkil etmektedir (36). Ayrıca 903 sayılı Kanun da, ticari işletme işleten vakıflara bazı şartlarla vergi muafiyeti getirmektedir.

İkinci olarak amacını gerçekleştirmek için ticari biçimde faaliyetlerde bulunmak isteyen vakfın, ikâmetgâhının bulunduğu yerdeki Ticaret Sicili Memurluğu'na kendini tescil ettirmemesi ve başvuru dilekçesine yönetim kurulu üyelerinin adlarını eklememesi; Medeni Hukuk yönünden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuracağı gibi, idarî bir cezayı da gerektirebilir (37).

VHT.m.20/4'teki "İşletmelere sahip olan vakıflarda, ayrıca bu işletmelerin bilançoları ile kâr ve zarar hesapları ve bunların sınıflı, iktisadî ve ticarî esas ve icaplara uygun tarzda idare edilip edilmedikleri; verimli ve rasyonel bir şekilde işletilip işletilmedikleri incelenir. İşletmelerin verimleri benzeri müesseselere göre düşük ise veya zarar emişse, bunların sebepleri araştırılarak belirtilir" hükmü, vakıfların ticari işletmeleri hakkında denetimi öngören bir hüküm niteliğindedir (38).

2- Türk Ticaret Kanunu

TK'nda vakıflar tarafından kurulan ticari işletmeler hakkında bir hüküm yoktur. Hatta tüzel kişi tacirlere ilişkin TK.m.18'de de ticari işletme işleten vakıfların tacir sayılıp sayılmayacağı yer almamaktadır.

Ticari işletmelerin durumundan 3. kişileri haberdar edebilmek için ticaret sicili tutulmaktadır. Bu amaçla düzenlenen TSN'nin 76. maddesinde vakıflar tarafından kurulan ticari işletmenin tescili düzenlemiştir. Buradaki tescil edilecek ticari işletmeler VGM ve 2762 sayılı VK.m.6'da yer alan mühlak vakıflar ile MK. hükümlerine göre kurulan vakıflar tarafından işletilen ticari işletmelerdir.

3- Kurumlar Vergisi Kanunu

Medeni hukuk tüzel kişisi olan vakıflar, kurumlar vergisinin yükümlüsü değildirler. Ancak bunlara bağlı ya da tâbi olarak kurulan iktisadî işletmelerin

(36) BALLAR, Suat, "Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Demek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri", (BATİDER, 1990, C. 15, S. 3, s. 105-122), s. 106.

(37) BALLAR, s. 108.

(38) BALLAR, s. 108.

gelirleri, KVK.m.5'e göre vergilendirilir. Zaten 5422 sayılı KVK.'nun 2362 sayılı Kanunla değişik birinci maddesine göre vakıflara ait iktisadî işletmelerin kazançları kurumlar vergisine tâbidir. Hatta, KVK. tatbikatında cemaatler de vakıf hükmündedir (KVK.m.1).

II- VAKIFLARIN TİCARİ İŞLETME İŞLETMESİNİN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

Vakıflar, özel hukuk tüzel kişileri olarak, MK.m.46 dolayısıyla ticari işletme işletme imkanına sahiptirler. Mevzuatımızda buna engel olan bir hüküm yoktur. Zaten vakıfların bir taraftan varlığını sürdürmesi diğer taraftan ise sosyal, kültürel, askerî, dinî... vb. amacını gerçekleştirmesi, mali imkanlara sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.

Şimdi vakıfların ticari işletme işletmesinden kaynaklanan sorunları ele alalım:

1- Vakıf ve Ekonomik Amaç

Vakıflar, MK.m. 73/I'de de belirtildiği üzere, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulurlar. Bu amacın ne olabileceği ise öngörülmemiş olup; sadece MK.m.74/II'de, yasak amaçlar ifade edilmiştir. Vakıflara baktığımızda genellikle eğitimle, sağlıkla ilgili veya kültürel, dinî, askerî, sportif amaçlarla kurulduklarını görüyoruz.

Vakıfların bu tip ideal amaçlarını gerçekleştirmek için ticari işletme işletmeleri halinde bir sorun yoktur. Asıl sorun vakıfların sırf ekonomik amaçla kurulup kurulamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre (39), ekonomik bir amacı gerçekleştirmek, bu arada ticari işletme işletmek amacıyla vakıf kurulmasını engelleyecek en ufak bir hüküm mevcut değildir. Ayrıca MK.m.74/II'de gösterilen yasak amaçlar arasında da ekonomik amaç yer almaz. Uygulamada bu görüşü destekleyen vakıflar olup, onların bu durumu da VHT.m.20/4'te hukukî şekle bürünmüştür.

Bununla birlikte diğer görüşe göre, vakıfların ekonomik amaç ile kurulması imkanı yoktur. Bir başka deyişle, kanun koyucunun ekonomik amaçla

(39) KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, b. 2, Ankara 1973, s. 46-47; GÜNERİ, s. 42 vd.; AKÜNAL/TEZEL, s. 192-193; YAZGAN, Turan, "Sosyal Siyaset Açısından Vakıflar", (IV. Vakıf Haftası 1-7 Aralık 1986, VGM. Yayınları, 1987, s. 253-258), s. 254.

vakıf kurulup kurulamayacağı hususunda hüküm öngörmemesi, ekonomik amaca izin verdiğini göstermez (40).

Kanaatimce, olan hukuk bakımından bakıldığında, vakıfların sırf ekonomik amaca yönelik olarak kurulmasına bir engel yoktur. Hatta, gelirin kurucular veya yöneticilere ait olacağına ilişkin olarak vakıf senedine konulmuş bir kayıt varsa, "bir vakfın yönetiminde temel unsur vakfa vücut veren vakfiyedeki şartlardır" diyen bir Danıştay kararı (41) ışığında, o gelir paylaşılabilir. Hatta, Güneri'nin belirttiği üzere bugün bir işletmenin vakıf haline getirilmesinde, o işletmenin sürekliliği ve parçalanmaması bakımından yarar vardır, böyle bir imkan açıktır (42).

Olması gereken hukuk bakımından ise, tarihî süreç içerisinde hep Türk Milleti'nin güçlü dayanışmasının, insan sevgisinin bir simgesi olan vakıfların sırf ekonomik amaç ile kurulmaları imkanının kapatılması fikrindeyim. Bu ulvî düşüncelerden başka, alınması gereken önlemler ile, esasında bir şirket aracılığı ile gerçekleştirilebilecek ekonomik amacın, -Türk Hukuku bakımından caiz olmayan "tek kişilik şirket" in vakıf kurarak kanuna karşı hile yoluyla gerçekleştirilmesinin önlenmesi- fikri de bu kanaatimi desteklemektedir.

Ayrıca ekonomik amaç güden vakıf görünümündeki bir işletmenin, 903 sayılı Kanunla getirilen vergi muafiyetini bu şekilde elde edebilmesi tehlikesi, görüşümüzü daha da kuvvetlendirmektedir.

2- Ticari İşletme İşleten Vakıfların Tacir Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu

Vakıfların ticari işletme işletmeleri halinde tacir sayılıp sayılmayacaklarına ilişkin TK.m.18/I'de hüküm öngörülmemiştir. Bu kanun boşluğu karşısında vakıfların tacir sıfatını tayin bakımından bir taraftan mukayeseli hukuka, diğer taraftan eski hukukumuzdaki vakıf kavramına müracaat edilmelidir:

Kamu tüzel kişisi niteliğini taşıyan mazbut vakıfların, mülhak vakıfların ve VGM'nün ticari işletme işletmeler dahi tacir sayılmalarına imkan yoktur (43).

(40) BİRSEL, s. 130.

(41) Danıştay 12. Dairesinin T. 21-5-1973, E. 1972/234, K. 1973/1550 sayılı kararı (GÜNERİ, s. 46).

(42) GÜNERİ, s. 46; Ayrıca bkz. BOLAK, Yeni Vakıfların Ekonomik ve Sosyal... s. 223 vd.

(43) BİRSEL, s. 130.

MK. hükümleri uyarınca kurulan ve kurulacak olan vakıflar, ana ideal amaçlarını gerçekleştirmek için ticari bir işletme işletirlerse; bu vakıfların da TK.m.18/I'in benimsediği çözüm yoluna uygun olarak aynı tipteki dernekler gibi tacir sayılmaları uygun olur (44).

Bu vakıflara ait ticari işletmelerin de ticaret siciline tescili gerekir (TSN.m.76).

903 sayılı Kanun hükümlerine göre vakıfları, kamu görevi niteliğindeki işleri görüp görmemelerine göre ikiye ayırmak mümkündür. Her iki tip vakıf da ticari işletme işlettikleri takdirde ticaret siciline tescil olunacaktır. Gelirlerinin önemli bir kısmı kamu görevi niteliğindeki işlerin yapılmasına tahsis olunan vakıfların, ticari işletme işletmeleri halinde durumlarının ne olacağı TK.m.18/II'de gösterilmemiştir. Bu durum, bu tür vakıflara ilişkin düzenlemenin sonradan 1967 yılında 903 sayılı Kanunla gelmesinden kaynaklandığı için doğal karşılanmalıdır.

Kamuya yararlı derneklerin tacir sayılmamasını öngören TK.m.18/II'nin kıyasen, kamu görevi niteliğindeki işleri yapan ticari işletme sahibi vakıflara da uygulanması düşünülebilir. Bir başka deyişle adeta bir kamu görevi yapan kamuya yararlı vakıflar ile kamuya yararlı dernekler arasında eşitsizlik yaratılmaması, kanunun sistematığının bozulmaması için bu vakıfları da tacir saymamak gerekir (45).

Tacir sayılan vakıflar için, tacir olmanın sonuçları (iflasa tâbi olma, ticaret siciline kaydolma, ticaret unvanı seçme ve kullanma, ticari defterleri tutma... vb.) geçerli olacaktır. Fakat kamuya yararlı vakıflar tacir sayılmayacaklarından ötürü, aleyhlerine iflas yoluyla takip yapılamaz. Bu durumda tüzel kişiliği bulunmasa da işletme tacir sayılır; tüzel kişiliğe ve dolayısıyla taraf ehliyetine sahip olmayan bu işletmeler aleyhine de iflas takibi yapılamayacaktır.

III- VAKIFLARIN TİCARİ İŞLETME İŞLETMELERİNİN SINIRLARI

Vakıflar, her kurum gibi belli bir amaç ile kurulurlar. Diyebiliriz ki amaç; vakfın ruhunu teşkil eder. Ticari işletme ise, sadece vakfın amacına ulaşabilmesi

(44) BİRSEL, s. 130; ARKAN, s. 113-114; BALLAR, s. 113.

(45) BİRSEL, s. 130; ARKAN, s. 114; BALLAR, s. 113.

için bir vasıtaadır. Zira vakfın, tahsis edilen malvarlığının erimeksizin vakıf amacını gerçekleştirmeye yönelik kullanılması için, devamlı bir gelire ihtiyacı vardır. Bu devamlı geliri elde etmenin yolu da ticari işletme işletmekten geçer.

Dolayısıyla vakfın ticari işletme konusunun, vakfın amacıyla bir bağlantısının olması gerekir. Mesela, Türk Tanıtma Vakfı'nın amacını gerçekleştirmek üzere bir yayınevi işletmesi kurması caizdir.

Vakıfın amaçlarına uygun olarak ticari işletme işletip işletmediğini, ticari işletmeden sağlanan gelirlerin vakıf amacına mı yoksa kişi menfaatlerine mi tahsis edildiğini denetlemek VGM'nün görevi içinde yer alır (MK.m.78).

IV- TÜRKİYE'DE TİCARİ İŞLETME İŞLETEN VAKIFLAR

VGM Kültür ve Daire Başkanlığı raporlarına göre, Nisan 1995 itibariyle 3252 vakıf sözkonusudur. Bu vakıfların ne kadarının ticari işletme işlettiğini tespit etme ödevi VGM'ne ait olmasına rağmen, ticari işletme işleten vakıfları tasnif eden bir örgütlenmenin müdürlük teşkilatında yer almamış olması bir hayli ilginç, o kadar da düşündürücüdür. Zira Türkiye'deki vakıfların hangilerinin ticari işletme işlettiğini organize ve tasnifli bir şekilde elinde bulundurmayan VGM'nün, bu ticari işletmelerden elde edilen gelirlerin vakıf amacına uygun harcanıp harcanmadığını denetlemesi hayli zor görünmektedir. Zaten VGM Kültür ve Tescil Daire Başkanı başta olmak üzere ilgililerin en çok şikayetçi oldukları nokta da, eldeki bilgilerin tasnif edilmemiş olması ve dolayısıyla bu bilgilerden yararlanmanın çok zor olmasıdır.

Bununla birlikte bazı verileri elde etmiş bulunuyoruz. Şöyle ki; 1991 yılı itibariyle vergi muafiyeti tanınan 145 vakfın toplam 960 milyar gelirleri içinde işletme gelirleri oranı % 26'dır. 1991 yılı itibariyle vakıfların amaçlarına göre gelirleri içinde işletme gelirlerinin dağılımı ise şu şekildedir (46):

- Eğitim amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 237,6 milyar TL.

İşletme gelirleri: 90,8 milyar TL. (1. sırada).

- Sağlık amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 220,4 milyar TL.

İşletme gelirleri: 129,2 milyar TL (1. sırada).

(46) ERKİLET, Şaban "Vakıflarda Mali Kaynakların ve Fonların İşletilmesi, Geliştirilmesi, Vakıf Gelirlerinin Dönemsel Tahlili ve Öneriler", (XI. Vakıf Haftası, 6-8 Aralık 193, VGM Yayınları, 1994, s. 85-102), s. 98 vd.

- Kültür amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 41,2 milyar TL.
İşletme gelirleri: 1,2 milyar TL (son sırada).
- Eğitim-Kültür amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 164, 4 milyar TL.
İşletme gelirleri: 14,7 milyar TL. (4. sırada).
- Eğitim-Sağlık amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 14,28 milyar TL.
İşletme gelirleri: 4,5 milyar TL. (1. sırada).
- Eğitim-Sağlık-Kültür amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 11,7 milyar TL.
İşletme gelirleri: 5,9 milyar TL. (1. sırada).
- Diğer amaçlı vakıfların gelirleri toplamı: 270,6 milyar TL.
İşletme gelirleri: 2 milyar TL. (6. sırada).

SONUÇ

Vakıfların ticari işletme işletmeleri ile ilgili olarak yaptığımız bu açıklamalarımızdan sonra, vardığımız sonuç ile önerilerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:

- 1) Vakıflar, bugün gelişmiş ülkelerde dahi, kamu hizmetlerinde bulunan bir müessese olarak görülmektedir.
- 2) Bilhassa 903 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra vakıfların sayısında büyük bir artış olmuştur. Adı geçen kanunun uygulanması sırasında bazı hususların (vergi muafiyeti, vakıfların ekonomik amaçla kurulup kurulamayacağı) açıklığa kavuşturulmaması nedeniyle ortaya çıkan sorunların aşılması için, yeni bazı kanunî düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.
- 3) Gerek MK. gerekse TK. hükümleri bakımından, ticari işletmelerin ticaret siciline tescil edilmeleri gerekir.
- 4) Vakıfların ekonomik amaçla kurulup kurulamayacağına ilişkin bir düzenleme ve kanunî engel sözkonusu değildir. Dolayısıyla, vakıflar ekonomik amaçla kurulabilir. Ancak olması gereken hukuk bakımından vakıfların tarihî kimliklerini muhafaza edebilmeleri için, bu imkanın ortadan kaldırılmasına yö-

nelik kanunî düzenlemeler yapılmalıdır.

5) Kamu tüzel kişisi niteliğindeki vakıflar (mülhak ve mazbut vakıflar) ile VGM'nün ticari işletme işletmeleri durumunda tacir sayılmaları mümkün değildir. Oysa MK. hükümlerine göre kurulan ve kurulacak olan vakıflar, bu durumda tacir sıfatını kazanırlar ve tacir olmanın sonuçlarına muhatap kabul edilirler. Buna karşılık 903 sayılı Kanuna göre kamu görevi niteliğindeki işleri gören vakıflar ticari işletme işletseler dahi tacir sayılmaz. TK.m.18/II'ye kıyasen bunların işlettikleri işletmeleri tacir kabuletmek, derneklerle ilgili düzenlemeyle eşitsizlik ortaya çıkmasını önlemeye yöneliktir.

6) Kanunlarımızda gerekli tadilat yapılarak, kuruluş şekil ve tarzı derneğe benzer vakıfların kurulması bir nizama bağlanmalıdır. Böylelikle vakıfların dernekleşmesi veya faaliyetten men edilen derneklerin vakıflaşması suiistimali önlenecektir. Bu amaçla Sayın BOLAK'ın önerdiği "İltihakî Vakıflara" imkân veren düzenlemeler yapılabilir (47).

BİBLİYOGRAFYA

GENEL ESERLER

- AKÜNAL/TEZEL : Uygulamada Ortaya Çıkan veya Çıkabilecek Sorunlar Açısından MK.'a Tâbi Vakıfların Kuruluş, İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar ile Bunların Giderilmesi İçin Alınması Gerekli Hukukî, İdarî, Ekonomik ve Malî Tedbirler, "Türkiye'de MK.'a Göre Kurulmuş Olan Vakıflar ve Sorunları", İstanbul 1975.
- ARKAN, Sabih : Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1993.
- AYHÂN, Rıza : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, "Ticari İşletme Hukuku", Ankara 1992.
- BALLAR, Suat : "Medenî, Ticarî ve Malî Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadî İşletmeleri", (BATİDER, 1990, C. 15, S. 3, s. 105-122).
- BİRSEL, M. Tevfik : Ticari İşletme Hukuku, C. 1, İzmir 1970.
- GÜNERİ, Hasan : Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976.
- KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, b. 3, Ankara 1968.
- KARAYALÇIN, Yaşar : Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku, b. 2, Ankara 1973.
- KÖPRÜLÜ, Bülent : Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, b. 2, İstanbul 1984.
- ÖZSUNAY, Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, İstanbul 1982.

RESMÎ YAYINLAR, BROŞÜRLER, RAPORLAR

V. Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Vakıf, Ankara 1983 (T.C. Başbakanlık DPT Yayın No: 1899, Özel İhtisas Komisyonu Raporu: 295).

IV. Vakıf Haftası (1-7 Aralık 1986), VGM Yayınları, 1987.

İlgili Seminerler:

- KÖPRÜLÜ, Bülent; "903 Sayılı Kanunun Medeni Kanunda Yaptığı Değişiklik Sonucu Meydana Gelen Vakıfların Özel Türlerinin Tahlili ve Tenkidi", s. 229-246.
- BOLAK, Aydın; "Yeni Vakıfların Maruz Kaldığı Sapmalar", s. 247-252.
- YAZGAN, Turan; "Sosyal Siyaset Açısından Vakıflar", s. 253-258.

V. Vakıf Haftası (7-13 Aralık 1987), VGM Yayınları, 1988.

İlgili Seminerler:

- EREN, Fikret; "Osmanlı Dönemi Vakıfları", s. 195-201.
- GÜZEL, Ülker; "Cumhuriyet Döneminde Vakıflar ve Ekonomik ve Sosyal Problemleri, Çözüm Yolları", s. 203-206.
- ZAIM, Sabahattin; "Vakıfların Milli Ekonomiye Etkileri", s. 209-212.
- BOLAK, Aydın; "Yeni Vakıfların Ekonomik ve Sosyal Etkileri Ne Olabilir?", s. 223-225.

VI. Vakıf Haftası (6-8 Aralık 1993), VGM Yayınları, 1994.

İlgili Seminerler:

- BALLAR, Suat; "Vakıfların Yaşatılmasında Mali Kaynak Sorunları", s. 73-82.
- ERKİLET, Şaban; "Vakıflarda Mali Kaynakların ve Fonların İşletilmesi, Geliştirilmesi, Vakıf Gelirlerinin Dönemsel Tahlili ve Önerileri", s. 85-102.
- ŞENEL, Ö. Sezai; "Vakıf Malvarlıklarının Korunması ve De-

HUMK'NUN KARŞI DAVA İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN İDARİ YARGIYA UYGUNLUK DERECESİ

Prof. Dr. Süleyman ARSLAN

Bilindiği gibi, 2577 sayılı İYUK'nun 31. maddesi, yargılama usûlüne ilişkin bir kısım konularda, bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, HUMK hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Aynı madde HUMK'nun uygulanacağını belirttiği konuları da sayma yoluyla belirlemektedir.

Bu incelememizde, İYUK'nun 31. maddesinde sayılan bu konulardan karşı dava müessesesi ile alınacak ve HUMK'nun adı geçen müessesesyle ilgili hükümlerinin idarî yargıya uygunluk derecesi araştırılacaktır.

I. HUMK AÇISINDAN KONUNUN TETKİKİ

Karşı dava (1), HUMK'nun 203-212. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu sebeple, bu müessese hakkında bilgi sahibi olmak için herşeyden önce konuyu HUMK açısından tetkik etmemiz gerekmektedir.

A. TANIMI

Açılmış bulunan bir davada, davalının, aynı mahkemede (ve aynı dava dosyasında) davacıya karşı dava açmasına "mütekabil dava (2)" veya "karşı dava (3)" denir.

Bilindiği gibi davacı, aleyhine açılmış bir davada kendisini çeşitli şekillerde savunur. Davacı bununla da yetinmeyip, kanunda zikredilen (4) bir kısım

(1) Bkz. KURU, B. - ARSLAN, R. - YILMAZ, E. : Medenî Usul Hukuku, Ankara, 1991, sh. 499-506; ÜSTÜNDAĞ, S. : Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, 1989, sh. 425-432; KURU, B. : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 1981, sh. 497-503; BİLGE, N. - ÖNEN, E. : Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, sh. 458-464; ÖNEN, E. : Medenî Yargılama Hukuku, Ankara, 1979, sh. 173-176; POSTACIOĞLU, İ. : Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1970, sh. 257-260.

(2) HUMK da "dâvayı mütekabile" tabiri kullanılmıştır. 521 sayılı Danıştay Kanununun 88. maddesinde ise, "mukabil dâva" tabiri geçmektedir.

(3) Doktrinde "karşılık dâva" terimi de kullanılmaktadır.

(4) HUMK, m. 204.

iddiaların varlığı halinde, bunu müteakbil bir dava konusu da yapabilir. Daha açık bir deyimle davalı, aynı zamanda, davacıdan olan bir hakkının da hüküm altına alınmasını isterse, davacıya bir karşı dava açabilir. Bu durumda davalı, tabiri caizse, savunma durumundan çıkıp, tecavüz durumuna geçmiş bulunmaktadır.

B. AMACI

Medeni yargılama hukukunda böyle bir müessese getirilmesinin amacı, açılmış bir davanın tarafları arasındaki karşılıklı anlaşmazlıkların aynı mahkemede çözümünün sağlanmasıdır. Böylece mahkeme, birbiriyle bağlantısı bulunan her iki davanın konusunu teşkil eden uyuşmazlıklar hakkında tam bir görüşe sahip olur ve bu şekilde, mahkemenin birbirleriyle bağlantılı davalar hakkında çelişkili kararlar vermesi önlediği gibi, daha isabetli karar vermesi de sağlanmış olur. Ayrıca, iki davanın ayrı ayrı görülmesine oranla karşı dava, tahkikat ve yargılamada sür'at ve kolaylığı sağlar.

Karşı dava aynı zamanda davalıya, davacının iddialarına karşı hüküm altına alınma istemiyle bazı iddialarda bulunabilme imkânını da vermiş olur.

Sonuç olarak karşı dava, usûl ekonomisine uygun bir davadır.

C. KARŞI DAVANIN ŞARTLARI

Asıl davanın davalısı, karşı davayı, cevap dilekçesinde açar (5). Buna göre karşı dava, dava dilekçesinin davalıya bildirilmesinden sonra, cevap süresi içinde açılır. Ancak bunun için, karşı davanın kanunun aradığı şartlara uygun bir dava olması gerekir.

Davalının davacıya karşı açmış olduğu davanın karşı dava sayılabilmesi için, aşağıdaki şartlara uygun olması gerekir:

1- Asıl Davanın Derdest (Görülmekte) Olması Gerekir

Karşı davadan söz edebilmek için, mutlaka bir asıl davanın varlığı şarttır. Bu sebeple, karşı davanın açıldığı anda, asıl davanın derdest olması gerekir. Asıl dava geri alınma, feragat ve açılmamış sayılma gibi bir sebeple son bulmuşsa, bu davaya, bir karşı dava açılmaz.

Karşı davada, asıl davanın davalısı davacı, asıl davanın davacısı da davalı durumundadır.

Karşı dava, asıl davanın görülmekte olduğu mahkemeye açılır. Asıl dava ve karşı dava, bu mahkemede birlikte incelenir ve sonuçlandırılır.

(5) HUMK, m. 203.

2- Karşı Davanın Aynı Yargılama Usûlüne Tâbi Olması Gerekir

Karşı davanın da esas davanın tâbi olduğu yargılama usûlüne tâbi olması gerekir. Kanun bu ilkeyi, yalnız idari yargı mercileri ile hakemlerde görülecek davalar bakımından düzenlemektedir (6). Buna göre, idari yargıya tâbi bir dava, adalet mahkemelerinde karşı dava olarak açılmaz. Bu hükme aykırı bir uygulama yapılması halinde, davacı buna itiraz edebileceği gibi, bu husus mahkemece de re'sen dikkate alınabilir ve açılmış olan idari dava hakkında görevsizlik kararı verilir.

3- Asıl Dava ile Karşı Dava Arasında Yakın İlişki Bulunmalıdır

Bir davaya karşı açılan her dava, karşı dava değildir. Bir davanın karşı dava olabilmesi için, asıl dava ile karşı dava arasında yakın bir ilişki bulunmalıdır. Kanun bu ilişkinin varlığını, yalnızca iki halde kabul etmektedir (7).

a) Takas veya Mahsup Talebi

Davalı, kendisinin de davacıdan alacaklı olduğunu bildirerek, alacağı ile borcunun takas edilmesini açacağı bir karşı dava ile isteyebilir. Keza, takas gibi mahsup talebi de karşı dava konusu yapılabilir.

Bilindiği gibi, davalının takas için mutlaka dava açma zorunluluğu yoktur. Davalı, karşı dava açmadan, sadece takas def'inde bulunmakla yetinebilir.

b) Asıl Dava ile Karşı Dava Arasında Bağlantı Bulunması

Takas ve mahsup talebi dışındaki hallerde karşı dava açabilmek için, asıl dava ile karşı dava arasında bir bağlantının bulunması gerekir. İki davanın aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilecek hükmün, diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı varsayılır (8).

D. KARŞI DAVA AÇMA SÜRESİ

Karşı dava, yazılı yargılama usûlünde, davalının süresi içinde esas dava hakkında vereceği cevap lâyihasında açılır. HUMK'na göre, cevap süresi kural olarak on gün olduğundan (9), davalı bu on günlük süre içinde karşı davasını açabilir.

Sözlü yargılama usûlünde, davalı en geç ilk oturumda karşı davasını açabilir. Pek tabii olarak, ilk oturumdan önce de bir dilekçe ile karşı dava açabilmesi

(6) HUMK, m. 206.

(7) HUMK, m. 204-205.

(8) HUMK, m. 45/III.

(9) HUMK, m. 195.

mümkündür.

Davalı esasa cevap süresi içinde karşı dava açmazsa, sadece karşı dava açma yetkisini kaybeder. Davalı, esasa cevap süresi içinde açmadığı bu karşı davasını, ayrı bir dava olarak açma hakkına sahiptir. Bu durumda, davacı tarafından açılan ilk dava ile, davalının açmış olduğu ikinci dava arasında bağlantı varsa, bu iki davanın birleştirilmesine karar verilebilir (10).

E. KARŞI DAVANIN AÇILMASI

Karşı dava, asıl davanın öngörülmekte olduğu mahkemede açılır. Esasa ait şartlar mevcut olsa bile, başka mahkemede açılmış olan davalar karşı dava sayılmaz.

Karşı dava, davalı tarafından asıl davacıya karşı açılır. Karşı dava ne bir iddia ve ne de bir müdafaa sebebi olup, tamamen yeni ve müstakil bir davadır. Bu sebeple, müstakil davalar gibi harca tâbidir.

F. KARŞI DAVAYA İTİRAZ

Asıl davanın davacısı, karşı davaya itiraz edebilir. Bu itiraz iki hususta olabilir: Bunlardan birincisi, karşı davanın şartlarının mevcut olmaması, diğeri ise karşı davanın süresi içinde açılmamış bulunmasıdır.

Yukarıda da açıkladığımız gibi, karşı davanın açılabilmesi için, bir takım şartlara ihtiyaç vardır. Bu şartlardan herhangi birisi eksik olacak olursa, asıl davada davacı olan buna itiraz edebilir.

Karşı davanın açılabilme şartlarından bir kısmı, davacı tarafından itiraz edilmese bile, mahkeme re'sen dikkate alınabilir. Buna karşılık, diğer bir kısım şartların mahkeme tarafından incelenebilmesi için, davacının itirazına ihtiyaç vardır. Davacı tarafından yapılması gereken bu itiraz, ilk itirazlar arasında sayılmıştır (11). Yukarıda incelemiş olduğumuz, takas ve mahsup talebi veya iki dava arasında bağlantı bulunması şartını hiz olmayan bir davanın karşı dava teşkil edemeyeceği hususu, ilk itirazın örneklerinden birisidir.

Gerçekten, yukarıda belirttiğimiz iki şarttan birini haiz olmayan bir dava, karşı dava olarak açılmaz. Şayet açılacak olursa, davacı, karşı davanın kabule şayan olmadığı yolunda ilk itirazda bulunabilir. Mahkeme bu itirazı yerinde bulursa, karşı davayı reddederek, karşı dava ile asıl davanın ayrılmasına karar verir (12).

(10) HUMK, m. 45.

(11) HUMK, m. 187/8.

(12) HUMK, m. 46.

Davacı karşı davanın kabule şayan olmadığını ilk itiraz olarak ileri sürmezse, mahkeme, karşı davanın açılma şartları mevcut olmamasına rağmen, asil dava ile karşı davayı birlikte inceleyip karara bağlayabilir. Bununla beraber mahkeme, gerek görürse, karşı davanın ayrılmasına da karar verebilir.

Davacının karşı davaya itiraz edebileceği ikinci husus, karşı davanın süresi içinde açılmamış olduğudur. Mahkeme, karşı davanın süresi içinde açılıp açılmadığını re'sen inceleyemez. Karşı davanın süresi içinde açılmadığı hususu ilk itirazlardandır (13). Bu sebeple davacı, bu hususu ilk itiraz olarak ileri sürmelidir (14).

Davacının ilk itirazı üzerine, karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılmadığını tesbit eden mahkeme, karşı davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir (15); zira bu husus Yargıtay içtihadıdır. Bir kısım hukukçular (16), Yargıtay içtihadı aksine, karşı davanın açılmamış sayılmasına veya reddine değil, asil davadan ayrılmasına (17) karar verilmesinin, usûl ekonomisine ve menfaatler dengesine daha uygun düşeceği kanatını beyan etmektedirler.

Mahkemece itiraz üzerine verilen, karşı davanın açılmamış sayılması yolundaki karar, karşı davanın esası hakkında kesin bir hüküm teşkil etmez. Davalı, başka bir mahkemede, davacıya karşı ayrı bir dava açabilir.

G. KARŞI DAVAYA CEVAP

Yazılı yargılama usulünde davacı (karşı davada davalı), karşı davaya bir cevap lâyihası ile cevap verebilir (18). Bu cevap lâyihası replik lâyihası içinde yer alır; yahut daha doğru bir deyimle, onunla birlikte olur ve on günlük süreye tâbidir (19). Böylece davacı, davalının karşı davasına karşı gerekli savunmayı yapma hakkını elde eder. Davacının ilk itirazları, karşı davanın esasına karşı yapılacak bu savunma sırasında belirtilir (20).

Sözlü yargılama usûlüne tâbi olan davalara karşı açılan karşı davaya davacı, karşı davanın açıldığı ilk oturumda cevap verebilir; fakat mahkeme, da-

(13) HUMK, m. 187/8.

(14) ÜSTÜNDAĞ, esasa cevap süresi içinde açılmayan karşı davanın, hâkim tarafından re'sen reddi gerekeceğini ve bu hususun ilk itiraz olarak dermeyanın zorunlu olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, sh. 431-432. Bu görüşü destekleyen Yargıtay içtihatları için bkz. BİLGE-ÖNEN, sh. 462-463.

(15) Bu karar temyiz edilebilir.

(16) Bkz. KURU, sh. 501; KURU-ARSLAN-YILMAZ, sh. 504.

(17) HUMK, m. 45-46.

(18) HUMK, m. 207/I.

(19) HUMK, m. 208-209.

(20) HUMK, m. 207/III.

vacının karşı davaya cevap verebilmesi için duruşmayı başka bir güne de erteleyebilir.

Davalının karşı davasına mukabil olarak, davacı da bir karşı dava açmaz.

H. KARŞI DAVANIN NİTELİĞİ VE İNCELENMESİ

Karşı dava asıl davanın görüldüğü mahkemede açılır. bu mahkemede, her iki dava için yalnız bir dava dosyası düzenlenir. Bunun sonucu olarak, karşı dava da asıl davanın dosya numarasını alır; yâni karşı davaya ayrı bir dosya numarası verilmez.

Her iki davanın tek dosyada birleştirilmesine rağmen, karşı dava müstakil bir davadır. Bundan dolayı da, karşı dava açmakla, yeni bir dava açılmasının sonuçları doğar. Bu sebeple karşı dava, yeni açılan davalar gibi harca tâbi olur.

Mahkeme, asıl dava ile karşı davayı birlikte inceler ve karara bağlar; yâni her iki davanın tahkikat safhası müşterek olup, her iki davanın delilleri birlikte incelenir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça her iki davanın usûl işlemleri de müşterektir.

Karşı dava, asıl dava ile birlikte incelenirse de, asıl davadan ayrı bir davadır. Bunun sonucu olarak, asıl dava geri alınma, kabul veya feragat yahut başka bir nedenle son bulsa dahi, karşı dava son bulmaz; mahkeme karşı davayı inceleyip karara bağlar. Keza, bunun tersi olarak, karşı davanın da herhangi bir nedenle son bulması, asıl davanın görülmesine bir engel teşkil etmez.

Mahkeme, asıl dava ve karşı dava hakkında tek bir hüküm verir. Ancak hükümde, asıl dava ile karşı dava hakkında verilen kararlar ayrı ayrı gösterilmelidir.

Karşı davanın müstakil bir dava olmasının bir sonucu olarak, açılırken yeni davalar gibi harca tâbi olduğunu söylemiştik. Aynı durum, hüküm safhasında da söz konusudur. Şöyle ki, mahkeme hükmünü verdiği zaman, asıl dava ve karşı dava için ayrı ayrı karar ve ilâm harcı alınmasına karar vermelidir. Bunun gibi, mahkemenin, hem asıl dava hem de karşı dava için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir etmesi gerekir.

Nihayet, asıl dava ile karşı dava, temyiz edilme bakımından da birbirlerinden ayrı davalar gibi telakki edilir; yâni bu davalardan her biri birbirinden ayrı olarak temyiz edilebilir. Bunlardan birinin temyiz edilip Yargıtayca bozulması, diğer davaya ilişkin hükme tesir etmez.

II. İDARİ YARGILAMA USULÜ AÇISINDAN KONUNUN TETKİKİ

Yukarıdaki kısımda, karşı davanın HUMK'nda ne şekilde düzenlendiğini çok fazla ayrıntıya girmeden ele almaya çalıştık. Şimdi de bu hükümlerin idari yargılama usulünde uygulanabilirlik derecesini araştırmaya çalışacağız.

A. 521 SAYILI DANIŞTAY KANUNUNDA KARŞI DAVA

2577 sayılı İYUK yürürlüğe girmeden önce, idari yargılama usulüne ilişkin hükümlerin 521 sayılı Danıştay Kanununda yer aldığı bilinmektedir.

2577 sayılı İYUK'nun kendisinden önceki kaynağını teşkil eden 521 sayılı Danıştay Kanununun 88. maddesi de, HUMK'na karşı dava bakımından göndermede bulunmuştur. Bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde karşı dava yalnız temyiz davalarında kullanılmıştır.

O dönemlerde temyiz davası, idari yargı mercilerinden (21) özel kanunlarına göre kesin olarak verilmiş olan yargı kararlarını, Danıştayın inceliyerek kesin karara bağlamasını sağlayan bir dava türü (22) olarak kabul edilmişti. Temyiz davasında, taraflardan birinin dava açma süresini geçirmesi halinde, süresi içinde dava açanın dilekçesinin diğer tarafa tebliği üzerine, diğer tarafın cevap verme süresi içinde temyiz hakkını kullanması için kanun hüküm vazetmiş idi. İşte, ister bu şekilde olsun, isterse davanın her iki tarafı birlikte temyiz davası açma yolunu kullansın, her iki halde de karşı davanın mevcut olduğu Danıştay içtihatları ile kabul edilmekteydi (23).

(21) İdare ve vergi mahkemelerinin henüz kurulmadığı dönemde, onların yerine yargısal görev yapan vergi itiraz ve temyiz komisyonları, gümrük hakem heyeti, il ve ilçe idare kurullarını ifade etmek için kullanılan bir tabirdir.

(22) Bilindiği gibi 2577 sayılı İYUK, 521 sayılı Danıştay Kanununun yapmış olduğu bu hatalı düzenlemeyi değiştirerek, temyizi "olağan kanun yolları" arasında saymıştır.

(23) "Dava, rayiç bedel esasına göre davalı adına salınan kusur cezalı emlak vergisini değiştirerek onayan itiraz komisyonu kararını değiştirerek onayan Temyiz Komisyonu kararının; vergi dairesince ve mükellef tarafından bozulması isteminden ibarettir. Davalının savunmasının karşılık dava dilekçesi niteliğinde bulunması ve karşılık davaların da müstakil davalar gibi harca tâbi olması sebebiyle... dilekçeye yapıştirılması gereken harç pulunun davalı ve karşılık davacıdan istenmesinde ve karar gereğinin 30 gün içinde yerine getirilmemesi halinde karşılık davanın açılmamış sayılacağı ve dilekçenin savunma dilekçesi olarak kabul edilerek davaya devam olunacağına... karar verildi". (D.9.D.nin 6.4.1992 tarih ve E. 80/5715; K. 82/1728 sayılı kararı. Kaynak: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu). "Davalı tarafından gönderilen dilekçe ile aynı temyiz komisyonu kararının İstanbul Özel İdareleri aleyhine bozulması istenmektedir. Şu duruma göre, karşılık dava iddiası vardır. Karşılık davaların da asıl davalar gibi başvurma harcına tâbi olduğu ve bu harç ödenmedikçe diğer işlemlerin yapılmaması... kanun gereğidir. Mukabil dava dilekçesine yapıştirilmediği anlaşılan harç pulu 30 gün içinde gönderilmediği takdirde anılan dilekçenin bir savunma dilekçesi olarak kabul edilerek inceleminin buna göre yapılacağı hususunun davacıya tebliğine karar verildi". (D.9.D. nin 17.11.1971 gün ve E. 601 sayılı kararı, bkz. MÜDERRİSOĞLU, H.: Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gereklçeler, İçtihatlar, Açıklamalar, Ankara. 1974, sh. 398).

521 sayılı Danıştay Kanununun yürürlükte kaldığı süre içinde, temyiz davaları dışında başka bir karşı dava örneği müşahade edilmemiştir.

B. KARŞI DAVANIN İDARİ YARGILAMA USULÜNE UYMAYAN YÖNLERİ

1982 yılında yürürlüğe giren 2577 sayılı İYUK'nda, temyiz bir dava olmaktan çıkarılarak, olağan bir kanun yolu haline dönüştürülmesinden sonra, tatbikatta karşı dava örneklerine rastlama imkanı ortadan kalkmıştır. Bunun sebebi, esasen medeni yargılama ve ceza yargılaması (24) hukuku içinde yer alan davalara uygun düşen karşı davanın, idari yargılama usulünün bünyesine uymamasıdır.

Karşı davanın, idari yargılama usulüne uymayan yönlerini şu başlıklar altında ele alabiliriz:

1- İdari Davaların Menşei ve Hukukî Yapısı Farklıdır

Bilindiği gibi idari yargılama usulü, medeni yargılama usulünden farklı bir nitelik arz etmektedir. İdari yargılama usulünün bu özelliği herşeyden önce, idari uyuşmazlıkların ve davaların farklı kaynaklardan doğmasından ve hukuki yapılarının da farklı olmasından ileri gelir.

Gerçekten idari davaları doğuran sebepler, medeni yargılama hukukundaki davaları doğuran olaylardan tamamıyla farklıdır. İdari uyuşmazlık ve davalar, hukuka bağlı devlet ve idare esasını gerçekleştirmek için ferdin vatandaş ve-halk sıfatıyla, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek, kamu hizmetlerinin hukuk kurallarına hizmet esaslarına uygun bir surette görülüp görülmediğini anlamak ve görülmesini sağlamak ve nihayet kamu hizmetlerinin ferde vermiş olduğu zararların fertler üzerindeki etkilerini âdilâne bir şekilde denkleştirmek ve karşılamak yahut idarece gasbedilen bir hakkın iadesini gerçekleştirmek amacıyla ortaya çıkmış davalardır.

İdari uyuşmazlıkların farklı kaynaklardan doğması, idari davaların hukuki yapılarının farklılaşmasına neden olmuştur. Bunun sonucu olarak, medeni yargılama hukukunda mevcut olmayan ve sadece idare hukukuna has bir dava türünün ortaya çıktığı görülmektedir. Bilindiği gibi bu dava, iptal davasıdır. bu davanın bir benzerini medeni yargılama hukukunda veya başka bir yerde görme imkanı yoktur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, idari uyuşmazlıkların menşe ve sebepleriyle

(24) Karşı dava, CMUK'nun 357. maddesinde "saniğin karşılıklı davası" başlığı altında ayrıca düzenlenmiştir.

idari davaların hukuki yapılarında mevcut olan farklılık, idari davaların niteliklerinin medeni yargılama hukukundaki davalardan farklı olması sonucunu doğurmuştur. Bu durum, idari davalar için farklı bir yargılama usûlünün varlığını gereki kılmaktadır. İşte bağımsız bir idari yargılama hukukunun varlık sebebi, herşeyden önce bu düşünceden kaynaklanmaktadır.

Bütün bu izahlardan ortaya çıkan sonuç, medeni yargılama hukukuna ait bir dava türü olan karşı davanın, idari davaların hukuki yapısına uymadığıdır.

2- İdari Davaların Konusu ve Sonucu da Farklıdır

İdari yargılama usûlünde yer alan davaların konusu ve sonucu da, medeni yargılama usûlündeki davalardan farklıdır. Bu fark, yukarıda açıkladığımız gibi, aynı zamanda bu davaların menşeleriyle yâni ortaya çıkış sebepleriyle yakından ilgilidir.

Medeni yargılama hukukundaki davalar, eda (edim) davaları, tesbit davaları ve yenilik doğuran (inşaf) davalar olarak tasnif edilebilir. Bütün bu davalar, bir subjektif hakkın korunması veya sağlanması amacını güderler.

Halbuki idari yargılama usûlünde davanın konusu, ya hukuk düzeninin korunması ve idarenin hukuka bağılılığının sağlanması veya idarenin eylem ve işleminden zarar görenlerin zararlarının tazmini yâni ferdin bir subjektif hakkının ihlalinin önlenmesi veya ihlal edilen hakkın sağlanmasıdır.

İdari yargılama hukukundaki dava kavramı ile, medeni yargılama hukukundaki dava kavramı arasındaki diğer önemli bir fark da, hükümlerin konusu ve muhtevası üzerinde kendisini gösterir: Şöyle ki, medeni yargılama hukukunda dava, çoğunlukla davalıya müsbet bir takım yükümlülükler yükler. Halbuki idari yargılama hukukunda hüküm, ya iptal gibi menfi veya tam yargı davasındaki gibi sadece ödeme yükümlülüğünden ibaret basit bir hükmü kapsar (25).

İdari davaların konusunun ve sonuçlarının farklı olması, medeni yargılama hukukunda yer alan karşı davanın idare hukuku bünyesine uymamasına sebep olmaktadır.

3- İdari Davaların Tarafları da Farklıdır

İdari davaların tarafları özel hukuka nazaran biraz farklı bir durum arzeder. İdare hukuku teorisinde, kural olarak, idari davaların bir tarafını özel hukuk kişileri oluştururken, diğer tarafını idare teşkil eder.

Gerçekten, idari davalarda bir-iki istisna dışında, özel hukuk kişileri daima

davacı durumundadırlar. Fertlerin, idari yargıda davalı olabilecekleri en önemli istisna ise, idari sözleşmelerden doğan davalardır.

İdari davaların diğer tarafını, yâni davalı tarafını oluşturan ise, kural olarak daima idaredir. İdarenin davacı durumunda olabileceği haller istisnadır. Bu istisnalardan birini yukarıda zikretmiştik; buna ekliyeceğimiz bir diğer istisna ise, iki kamu tüzel kişininin birbiri aleyhine açmış olduğu idari dava (26) örneğidir.

Bu genel sistem içerisine karşı davayı herhangi bir yere yerleştirebilmek esas itibariyle mümkün değildir.

4- HUMK'da Karşı Dava Konusundak Düzenlemenin İdari Yargılama Usûlüne Uymayan Diğer Yönleri

Yukarıda saydığımız hususların dışında, HUMK'nun karşı dava konusunda yapmış olduğu düzenleme, diğer bazı açılardan da, idari yargılama usûlüne uymamaktadır. Bu hususları kısaca şu şekilde özetlemek mümkündür:

a) Karşı Davanın Şartları Bakımından

Karşı davanın şartlarından birisi, bu davanın asıl davanın tâbi olduğu yargılama usûlüne tâbi olması şartı idi. Buna göre, idari yargıya tâbi bir dava, adalet mahkemelerinde karşı dava olarak açılmaz. Pek tabii olarak, bunun tersi de mümkün değildir.

Halbuki, idarenin davacı durumunda olduğu davalara baktığımızda, genel olarak bu davaların adli yargının görev alanı içine girdiğini görürüz. Bu sebeple, idari yargıda görülen bir davağa, idarenin davacı durumunda olması, hukuken ve teorik olarak pek mümkün değildir.

Karşı davanın şartlarından diğerini oluşturan takas ve mahsup talebinin varlığı konusunda da söylenecekler aşağı yukarı aynı niteliktedir. Şöyle ki, idari yargıda açılacak bir karşı dava ile idarenin davacıdan takas veya mahsubunu talep edeceği veya asıl dava ile bağlantısı sebebiyle mahkemeden hüküm altına alınmasını isteyeceği hakkın, idari yargı yerlerinde açılacak bir idari davaya konu edilebilecek nitelikte olması gerekir. Bu hususun gerçekleşmesi mümkün görülmemektedir.

Gerçekten idari rejimi kabul eden ülkelerde, idare, idare edilenlerden olan alacağını, onlarla eşit konumda olup olmamasına göre, ya kamu gücünü kullanarak bizzat, ya da adli yargı yerlerinde idare edilenler aleyhine açacağı alacak,

(26) Mesela, vesayet makamlarının kararlarına karşı yerinden yönetim idarelerinin iptal davası açması gibi.

istirdat ve tazminat davalarında, bu yargı yerlerince verilecek kararlara dayanarak tahsil eder (27). Çünkü idare, kamu alacağı ile, medeni bir borç olan tazmin borcu arasında takas iddiasında bulunamaz; tazminat davası açan davacı idareye borçlu ise, idarenin tazminat miktarından bunun tenzil edilmesini isteyebileceği düşünülürse de davacı, bu borcu inkâr ettiği takdirde idare mahkemesinin böyle âdi ve medeni bir borcun varlığını inceleme yetkisi olamayacağından, böyle bir def'in kıymeti olamaz. Takas def'i dermeyan edilecek olaylar ancak adliye mahkemelerinde medeni hukuk davalarındaki alacak ve borç iddialarıdır. İdari yargıdaki tam yargı davalarında da idare davacı durumunda olamayacağı için, karşı dava söz konusu olamaz (28).

b) İlk İtiraz ve Bunun Kabulünün Sonuçları Bakımından

İYUK, "ilk itirazlar", diye bir müessese kabul etmemiştir. Ancak, idari davalarda da, işin esasına girilmeden, mahkemece taraflarca dermeyan edilmese bile re'sen nazara alınarak, davanın daha başlangıçta reddini gerektiren sebepler vardır.

İYUK'nun sarahaten "ilk itiraz" diye bir müessese kabul etmemiş olmasına rağmen, 31. maddesiyle atıfta bulunduğu HUMK'nun genel hükümlerinin uygulandığı müesseselerde, ilk itiraza yer veren bu kanun hükümleri tatbik edilmek suretiyle, idari yargılama usûlünde de "ilk itiraz" müessesesine doğrudan doğruya olmasa bile, dolayısıyla yer verilmiş bulunmaktadır. Şu halde, bu gibi işlemlerde (29), istisnai olarak idari yargılama usûlünde de ilk itiraz müessesesi işleyecektir.

Karşı davada, davacının ilk itirazı üzerine, karşı davanın esasa cevap süresi içinde açılmadığını tesbit eden mahkeme, bu davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir. Kanaatimizce, böyle bir sonuç, hem hukuk muhakemeleri usûlünde hem de idari yargılama usûlünde yeterli ve isabetli değildir.

III. DİĞER ÜLKELERDEKİ USULLERE GENEL BİR BAKIŞ

İdari yargıda yer alan karşı dava uygulaması ile ilgili net bir yargıya ulaşabilmek için diğer ülkelerdeki uygulamalara da genel bir şekilde göz atmakta yarar vardır.

(27) Danıştay Başkanlığında "Karşılık Dava" konusunda M. İlhan DİNÇ ve Turgut CANDAN'a hazırlattırılan incelemeden, (çoğaltma), sh. 2.

(28) ONAR, sh. 1945.

(29) HUMK'nun uygulanacağı bu işlemler, hâkimin reddi ve mukabil dava müesseseleridir.

A. ALMAN HUKUKUNDA KARŞI DAVA (WIDERKLAGE)

Almanya'da karşı dava konusunda, Alman Medeni Usûl Kanununda (Zivilprozessordnung) (30) ayrı, Alman İdare Mahkemeleri Kanununda (Verwaltungsgerichtsordnung) (31) ayrı hüküm bulunmaktadır.

Alman İdare Mahkemeleri Kanununun 89. maddesi, "Dava dilekçesindeki iddia konusu veya iddiaya karşı yapılan savunma ile bağlantısı bulunduğu takdirde, davaya karşı dava açılabilir" hükmünü taşımaktadır. Adı geçen maddenin ikinci fıkrasında ise, "iptal davaları (Anfechtungsklage) ve yükümlendirme davalarında (Verpflichtungsklage) (32) karşı dava açılmaz" hükmü yer almaktadır.

Bu hükümler muvacehesinde, Alman idari yargı sisteminde karşı dava sadece tesbit davaları (33) ile eda davaları bakımından söz konusu olur (34). Ancak karşı dava, bu dava türlerinde dahi sınırlı olarak görülür (35).

Karşı dava, görülmekte olan bir davada, davalının karşı davacı, davalının karşı davalı olduğu bir davadır. Burada, esas dava ve karşı dava sebebiyle, sadece duruşma ve karar aşamaları müşterek olan müstakil iki dava ve dava usûlü söz konusudur. Bu sebeple karşı dava gerçek bir davadır ve Medeni Usûl Kanununun (ZPO) 33. maddesinde bahsedilen "karşı iddia" gibi, VWGO, md. 89 da bağımsız bir davaya yol açacak bir iddianın bulunması zorunluluğu, karşı dava için de geçerlidir. Bundan dolayı Alman hukukunda karşı davaya karşı, karşı dava da caizdir (36).

Burada hemen belirtilmesi gereken bir husus vardır: Her karşı iddia (VWGO, md. 89/1), karşı dava ile takibe konu olmaz. Karşı iddianın karşı davaya konu olabilmesi için, ZPO, md. 33/1'deki gibi bir bağlantı veya ilişkinin söz konusu olması gerekir (37).

Esas davayı karara bağlayacak mahkeme, karşı davayı da karara bağlar. Karşı dava istinaf usûlünde de açılabilir. Ancak burada ya karşı tarafın razı olması

(30) Kanunun adı "ZPO" şeklinde kısaltılmaktadır.

(31) Kanunun adı "ZWGO" şeklinde kısaltılmaktadır.

(32) Bizim hukukumuzda bulunmayan ve VWGO, md. 42/1 de yer alan yükümlendirme davası, idareyi bir işlem yapmaya zorlamak için açılan bir dava türüdür.

(33) Bizim idari yargı sistemimizde kabul edilmeyen bu dava türü VWGO, md. 43 de yer almaktadır.

(34) ULE, Carl Hermann: Verwaltungsprozessrecht, München, 1987, sh. 246; ACHTERBERG, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, 1986, sh. 686.

(35) EYERMANN, E. -FRÖHLER, L. -KORMANN, J. : Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München, 1988, sh. 635.

(36) EYERMAN-FRÖHLER-KORMANN, sh. 635.

(37) ULE, sh. 246-247.

veya mahkemenin karşı davayı maksada uygun telakki etmesi gerekir. Temyiz usûlünde ise, karşı dava caiz değildir (38).

B. FRANSIZ HUKUKUNDA KARŞI DAVA

Fransız Hukukunda Hauriou'ya atfedilen bir görüşe göre, "idari uyuşmazlıklar, karşı davaları kabule elverişli değildir" şeklinde ifade edilen bu davalar için çok özel bir rejim şeklinde ele alınması gerektiği öne sürülmektedir (39).

Süreççi doktrin, hukuk ilmi ile ilgili geniş bir liberal görüş kabul ederek, idari usûl içerisinde pratikte görülen dört çeşit karşı dava hipotezi kabul etmektedir (40).

1- Davalı her zaman, karşı çıkma yoluyla davacı tarafından kendisinden istenen tazminat miktarının azaltılması talebinde bulunabilir. İdari içtihatlarda bunun uygulamada bir örneği bulunmamasına rağmen, tazminatın söz konusu olduğu bütün durumlarda karşı dava daima kabul edilebilir.

2- Karşı dava yoluyla davalı, bu hakkın kötüye kullanılarak çıkarlarının zarara uğradığını öne sürebilir.

3- Genel bir biçimde dava, esas olaya yönelik bir savunma olabilir; yâni davalı, davacının bütün iddialarına karşı çıkarak esas olayın ortadan kalkmasına muvaffak olabilir. Bu kuralın idari usûlün uygulanmasında geçerli olması şüpheli gözükmemektedir.

4- Nihayet karşı dava esas davaya bağlı olabilir. Esas dava olmadan, karşı dava bu durumda söz konusu olmayacaktır.

IV. SONUÇ

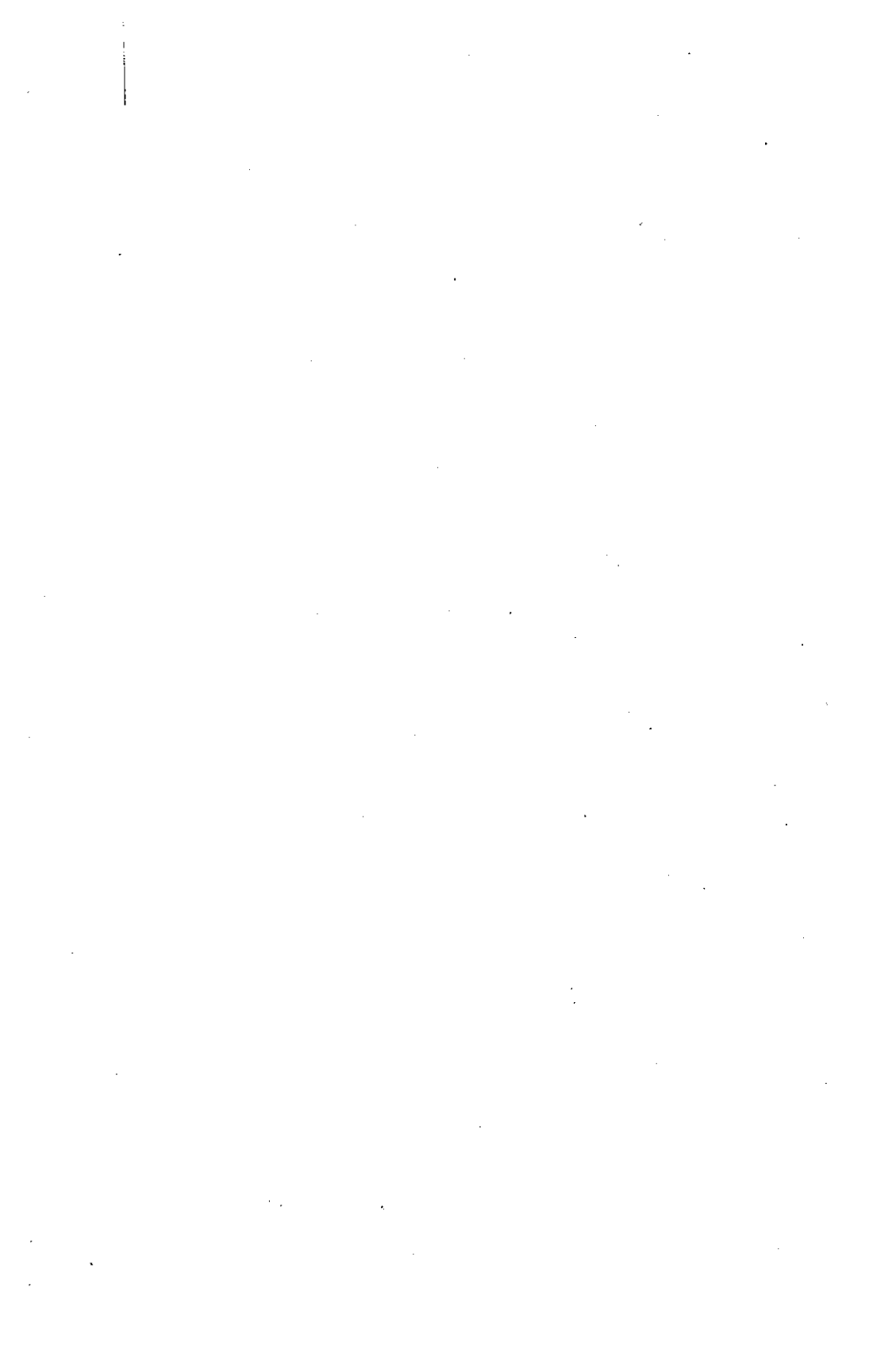
Sonuç olarak, yukarıda da geniş bir şekilde açıkladığımız gibi, karşı dava müessesesi idari yargılama usûlünün bünyesine uymamaktadır. Bu sebeple, karşı dava İYUK'nun 31. maddesi kapsamında çıkarılmalıdır.

Karşı davanın idari yargılama usûlünden çıkarılması, bu alanda herhangi bir boşluk meydana getirmez; zira idari yargıda herhangi bir şekilde bağlantılı olan davaların bulunması halinde, bunların birleştirilmesi söz konusu olacağından, karşı davanın göreceği fonksiyon bu yolla yerine getirilmiş olur.

(38) EYERMANN-FRÖHLER-KORMANN, sh. 636.

(39) AUBY, J. M. -DRAGO, R. : *Traité de Contentieux Administratif*, C. I., Paris, 1975, sh. 841.

(40) AUBY-DRAGO, sh. 842.



CEZA MUHALEMESİNDE "DÜRÜST YARGILAMA" İLKESİ

Prof. Dr. Friedrich-Christian SCHROEDER
(Tercüme eden: Dr. Cumhuri ŞAHİN)

I. Dürüst Yargılama İlkesi Kavramı ve Menşei

Birleşmiş Milletler tarafından İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 10.12.1948 tarihinde "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" yayınlandı. Sözkonusu Beyanname ceza hukuku ve ceza muhakemesi alanında da bazı hükümler içermekte idi, ki bunun iyi bir sebebi vardı. Zira, her ne kadar ceza hukukunda ve ceza muhakemesinde; adam öldürme, müessir fiil, mal varlığına karşı suçlar ve diğer suç teşkil eden fiil faailerine yönelebilecek öğ alma ve ihkakı hak biçimindeki tepkileri yasaklayıp cezalandıracak hukuki düzenlemeler mevcut ise de; bu hukuk dallarının, failin ve özellikle yalın bir suç şüphesi altında bulunan kişilerin haklarının korunması şeklinde ifade edilebilecek olan genel amacı yeterince sağlanamamakta ve hatta çoğu kere, ceza hukukunun ve ceza muhakemesinin, siyasi ve sosyal yönden rakip durumda bulunmaları yok etmek amacıyla (kötüye) kullanılması da sözkonusu olmakta idi.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında insan haklarıyla ilgili şu hususları içermektedir:

-İşkence veya zalimane, gayrı insani veya haysiyet kırıcı muamele veya ceza yasağı (m.5)

-Keyfi yakalama veya alıkoyma yasağı (m.9)

-Suçsuzluk karinesi ve kanunsuz suç-ceza olmaz ilkesi (m.11).

Beyanname'nin 10. maddesine göre ise, herkes; kendisine karşı yöneltilmiş bir ceza davasında, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından dürüst ve aleni olarak dinlenme hakkına sahiptir. Burada sözkonusu olan insan hakları ise şunlardır:

(*) 24 Nisan 1996 tarihinde Selçuk Üniversitesi'nde sunulan konferans.

-(İdari bir makamın değil) dava açılması üzerine bir yargılama makamının karar vermesi hakkı

-Mahkemelerin bağımsızlığı

-Mahkemelerin tarafsızlığı

-Yargısal işlemlerin aleniliği.

Ayrıca bu maddede, yargılama işlemlerinde gözönünde bulundurulması gereken bir husus daha yer almaktadır: Dürüst dinlenme hakkı.

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'ndeki bu haklar, bazı ilavelerle, 4.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ve daha sonra da, 19.12.1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne (MvSHS) aktarılmıştır. Dürüst dinlenme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde yer almaktadır.

"Dürüst dinle(n)me" ("fair hearing") yerine çoğunlukla "dürüst yargıla(n)ma"dan ("fair trial") söz edilmekte olup, aslında her ikisi de aynı şeyi ifade ederler. Her iki kavram da Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukuku kökenlidir. Dürüst yargılama ibaresinin başka dillere çevrilmesinde ciddi zorluklarla karşılaşmaktadır. Örneğin, size göre "fair" sözcüğünün anlamı nedir?

Dürüst yargılama ilkesini, geçici olarak; "yeterli savunma imkanının tanındığı ve hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurulmaksızın yapılan yargılama" olarak nitelendirebiliriz.

II. Dürüst Yargılama İlkesinin AİHS'nin 6/2-3. Maddesi ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanış sürecinde genel bir tartışma ortaya çıkmıştı. Zira Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, sonuçta; oradaki hakların sağlanması hususunda bir temenni niteliğinde olmasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalayan devletler bakımından bağlayıcı idi. Bundan dolayı İngiltere ve Hollanda, AİHS'nde güvence altına alınan hakların açık ve kesin bir tanımının yapılmasını, çerçevesinin net olarak çizilmesini talep etmekte idiler.

Bunun sonucunda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde kanunilik ilkesi ile birlikte ifade edilmiş olan suçsuzluk karinesi (m. 10), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından aleni surette dinlenme hakkının düzenlendiği 6. maddeye 2. fıkra olarak eklendi.

Yine İngiltere'nin önerisi üzerine, AİHS'nin 6/3. maddesinde, hakkında ceza davası açılmış olan sanıkla ilgili beş (temel) hak daha öngörüldü:

- a) İsnaddan en kısa zamanda ve anladığı bir dille haberdar edilme hakkı
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı
- c) Kendi kendine veya seçeceği bir müdafî vasıtasıyla savunma yapabilme hakkı
- d) İddia tanıklarına soru sorabilme ve savunma tanıklarının davet edilip dinlenmelerinin sağlanmasını isteyebilme hakkı
- e) Gerektiğinde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme hakkı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanırken ortaya çıkan genel tartışma, başka bir ifadeyle, Sözleşme'ye genel ilkeler konulması ile yetinilmesi ya da hakların somut ve kesin olarak tespiti yoluna gidilmesi konularındaki uyumsuzluk halen devam etmektedir. Bu noktada, örneğin, AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülmüş bulunan somut haklarla aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan dürüst yargılama ilkesi arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) 2. ve 3. fıkralardaki haklarla genel nitelikte olan dürüst yargılama ilkesi arasında kesin bir sınır koymaktan kaçınmaktadır. Kimi başvurularda, güvenilir kişinin (V-Leute) ifadesinin hukuka aykırı olarak değerlendirilmiş olduğu durumlarda, İHAS'nin hem 6/1 hem de 6/3-d hükümlerinin ihlaline dayanılmıştır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Divanı (AİHD) şu karara varmıştır: "AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki haklar, 1. fıkradaki dürüst yargılama hakkının özel somut biçimleri olduğundan, her iki fıkra hükmü birlikte değerlendirilmelidir." (1).

Divan'ın bu yorumu, kesin bir tanım getirme ve sınır koyma eğiliminde olan hukukçuları tatmin etmeyebilir.

Çünkü her şeyden önce, 6/1. maddedeki dürüst yargılama ilkesi hem medeni muhakemede hem de ceza muhakemesinde geçerlidir. Buna karşılık, 6. maddenin 2. ve 3. fıkraları sadece ceza muhakemesi ile ilgilidirler.

Ayrıca, 6. maddenin 2. ve 3. fıkraları, aynı maddenin 1. fıkrasının, yani dürüst yargılama ilkesinin somutlaştırılmış şekli olarak kabul edilmektedir. O

(1) Hollanda'ya karşı Koslovski kararı, StV 1990, 481; İsviçre'ye karşı Lüdi kararı, NJW 1992, 3089

hâlde, 1. fıkra genel (soyut) prensibi ortaya koymakta, 2. ve 3. fıkralar ise onun özel hallerini oluşturmaktadırlar. Bu nedenledir ki doktrinde çoğunlukla, ilk olarak dürüst yargılama ilkesi genel anlamda ele alınmakta, daha sonra da 2. ve 3. fıkralardaki hakların tek tek incelenmesine geçilmektedir.

Fakat diğer taraftan da 6. maddenin 3. fıkrasında: "Hakkında ceza davası açılmış her sanık 'özellikle' (fransızca metinde 'notamment'), 'asgari' aşağıdaki haklara (İngilizce metinde 'minimum rights') sahiptir" ifadesi yer almaktadır. Bundan şu sonuç çıkarılabilir; dürüst yargılama ilkesi 3. fıkrada zikredilen haklardan ibaret olmayıp, 6/1. maddedeki ilke, 3. fıkraya dahil edilemeyen başka hususları da içeren çok daha kapsayıcı, tamamlayıcı, genel bir ilke durumundadır.

Benzer bir ilişki, 6. maddenin 2. fıkrası (suçsuzluk karinesi) ile 1. fıkra arasında da varsayılmaktadır (2).

Bütün bu sebeplerden dolayı, biz, konuyu ele alırken başka bir yol izlemek istiyoruz. AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hakları, dürüst yargılama prensibinin çerçevesi açıkca çizilmiş özü, temeli kabul ediyor ve genel anlamda dürüst yargılama ilkesinin de, çerçevesi bu şekilde çizilmiş alanın içine girmeyen diğer hususları kapsadığını düşünüyoruz. Bu nedenle, önce AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen hakları ele alıp, daha sonra, dürüst yargılama prensibi bakımından bu fıkralarda belirtilenlerden başka nelerin gerekli olduğu sorusunu yöneltmek istiyoruz.

III. Suçsuzluk Karinesi (AİHS m. 6/2)

AİHS'nin 6/2. maddesi şöyledir: "Bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."

Bu ilke avrupalı hukukçular tarafından (kısmen) yadırganmaktadır. Gerçi ilke, "şüphe sanık lehine yorumlanır" kuralını tanımakta ve suçu sabit olmayan hiç kimsenin mahkûm edilemeyeceği esasını içermektedir; fakat "varsayım", ceza muhakemesine yabancı bir kavramdır.

Aslında suçsuzluk karinesi, gerçeği re'sen araştırma yükümlülüğünün bulunduğu kıta avrupalı tahkik sistemi ile tam uyuşmamaktadır. Zira, şüphenin varlığı halinde, koğuşturma mecburiyeti ilkesi gereğince; polis, savcı ve mahkeme suç şüphesi altında bulunan kişiye yönelik koğuşturma yapmak zorundadırlar ki, bunun suçsuzluk karinesi karşısında izahı kolay değildir.

(2) IHAM, Deweer Davası, EUGRZ 1980, 667 vd., 674

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) göre bu durum, suçsuzluk karinesinin hazırlık soruşturmasında değil, sadece son soruşturmada uygulanacağına bir diğer gerekçesidir. Aslında bu yorum biçimi, AİHS'nin "hakkında ceza davası açılmış sanık"tan sözeden lafzına uygundur. Fakat doktrinde genellikle, suçsuzluk karinesinin ön soruşturma bakımından da geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir. Hatta bu karine ön soruşturma safhasında daha fazla önem kazanmaktadır. Çünkü sanığın suçsuzluğu konusunda bir kanının, koğuşturmanın daha başlarında en üst düzeyde olduğu, koğuşturmanın ilerleyip delillerin artmasıyla giderek zayıfladığı ve nihayet suçun sabit görülmesiyle tamamen ortadan kalktığı söylenebilir.

Masumluk karinesi, ayrıca, suçüstü hali de dahil olmak üzere, şüpheli kişilerin medyada, kamuoyu önünde "fail" olarak nitelendirilemeyeceğini öngörür. Bu nedenle, medyada genellikle belirsiz bir ifade kullanılarak "muhtemel fail"den söz edilmektedir. Masumluk karinesi bir de, resmi izleme ve araştırmaların ancak sıkı şartlar altında hukuka uygun kabul edilmesini gerektirmektedir.

AİHS'nin 6/2. maddesine göre suçsuzluk karinesi "suç kanunen sabit oluncaya kadar" devam etmektedir. Böylece AİHS'nin 6/2. maddesi, "suçun kanunen sabit olması" nı aramaktadır. Bu düzenleme bütün bir hukuk sisteminin en önemli kurallarından biridir. AİHK bu kurala dayanarak, sanıktan kötü muamele yoluyla elde edilmiş beyanların delil olarak değerlendirilmesini geçersiz saymıştır (3). Aslında bu işkenceden başka bir şey değildir. İşkence ise AİHS'nin 3. maddesi uyarınca yasaktır. Fakat bu hüküm, işkenceyle elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceğine dair hiç bir düzenleme öngörmemektedir. Bu durumda bir değerlendirme yasağı ancak suçsuzluk karinesinden ve özellikle de; "Suçun kanunen sabit oluncaya kadar" ifadesinden çıkmaktadır. "Suçun kanunen sabit olması zorunluluğu, ayrıca; delillerin bizahiti devlet organları tarafından karartılması veya değiştirilmesi gibi, çok tehlikeli sayılabilecek yollara başvurulmasını da yasaklamaktadır. Bu tür olaylara, dağılmadan önceki Sovyetler Birliği ile diğer komünist ülkelerde, fakat ayrıca başka devletlerde de rastlanmakta idi. İstenmeyen kişilerin cebine vs. polis veya polis hesabına çalışan kişiler tarafından gizlice uyuşturucu konmakta, sonra da, sanık durumuna sokulan bu şahıs aleyhine polis ya da polis için çalışan kişi yalan beyanda bulunmakta idi. Burada bir diğer sorun ise; bir yanda polisin, diğer tarafta sanığın

(3) Internationaler Kommentar, Rdn. 393; 30.3.1963 tarihli Komisyon Raporu, Yearbook 6, 740, 784

ifadesinin olmasıdır. Gerçi suçsuzluk karinesi, sanığın ifadesi karşısında polis beyanının, peşinen, daha az güvenilir sayılması sonucunu doğuracak kadar ileriye götürülmez; ama uygulamada maalesef çoğunlukla tam tersi olmakta ve mahkemeler sanığın ifadesi karşısında polis ifadesini tercih etmekte, hatta sanık hakkında, polise iftiradan dolayı ayrıca bir ceza koğuşturması da başlatılmaktadır. Bu hukuka aykırıdır. Ayrıca, işkenceye veya polisin yalan beyanına dayanarak kanuna aykırı yollarla delil elde edilmekte olduğu ithamı, mahkemelerin suçu ortaya çıkarmak için özel bir çaba sarfetmek zorunda oldukları kanısını oluşturacağından, bu, yargının imajı bakımından çok vahim bir durumdur. Alman Yargıtayı'na göre de; yasak sorgu yöntemlerine, özellikle işkenceye başvurulması halinde, şüphe sanık lehine yorumlanır kuralı uygulanmaz ve bu şekilde elde edilen ifadelerin hiç yapılmamış sayılması gerekir (4). Fakat bu yorum biçimi doktrinde yoğun itirazlarla karşılaşmaktadır.

Suçsuzluk karinesinin önemli bir unsuru, yukarıda da zikredilmiş olan "şüphe sanık lehine yorumlanır" ilkesidir. Bu ilke, özellikle, sanığın suçsuzluğunu ve örneğin meşru müdafaa veya hata gibi, lehine olan durumları ispatlamaya zorlanmasını yasaklar.

Son yıllarda ortaya çıkan suç olmaktan çıkarma eğilimlerinin suçsuzluk karinesi karşısında bazı zorlukları bulunmaktadır. Zira birçok hukuk sisteminde, ceza muhakemesinin mahkûmiyet veya beraat kararları ("ya hep ya hiç prensibi") dışında da; fail bakımından bir uyarı anlamına gelebilecek olan idari para cezası, çalışmaya zorlanma vb. gibi yükümlülükler öngörülerek sona erdirilebileceğine dair hükümler yer almaktadır. Bu gibi durumlarda, maddi gerçeğe ulaşmak bir amaç olmadığından, genellikle suçluluğun tam anlamıyla tespiti aranmamaktadır. Bununla birlikte, failin suçsuzluğunun sabit görülmesi halinde bu tür yükümlülüklerin sözkonusu olamayacağı gibi, araştırmaların daha ileri aşamalara götürülmesine de gerek kalmayacaktır.

Avukatlık yaparken yaşadığım ilginç bir olay şöyledir: Bir cezaevindeki bir hükümlü hakkında, sağlık kurumundan kendisi ile ilgili dosyayı çaldığı gerekçesiyle dava açılır. Yaptığım araştırmalar sonunda, bir arkadaşının birçok kez intihara teşebbüs etmiş olmasından dolayı bu şahsın ve arkadaşının çok rahatsız olduklarını tesbit ettim ve diğer bir tutuklu olan, ki kendisi bir Kürt doktordur, Dr. Talabani'den de tanıklık etmesini istedim. Araştırmalarım, bu kişilerin yemeğine cezaevi idaresi tarafından sakınleştirici konulduğu şüphesini ortaya çı-

(4) BGH 16, 164

kardı. Sanık, bu hususun dosyada yer aldığını görünce dosyayı almıştır. Ben mahkemede, sanığın dosyayı mal edinmek niyetiyle değil, Bayern Eyalet Meclis Dilekçe Komisyonu'na iletmek düşüncesiyle aldığını ileri sürdüm. Bunun üzerine isnadın şekli değişti ve dava, mal edinme kastının gerekmediği, kamusal korumanın ihlali sebebine dayandırıldı. Ben de, mahkumların sağlıklarının tehdit altında olduğu ya da hayatları bakımından bir zaruret hali, en azından böyle bir zaruret halinde olduğu yanılığında bulunduğuna gerekçesini ileri sürdüm. Daha sonra, hükmedilmesi beklenen cezanın, daha önce tutuklu olarak geçirilen süre gözönünde tutulduğunda, bir ağırlığı olmadığı gerekçesiyle dava düşürüldü. "Beklenen ceza" ibaresinin doğru olmadığını, zira böyle bir ibare ile müvekkilimin mahkûm edilip edilmediğinin belirsiz kaldığını, oysa mevcut delillerin onun beraatini gerektirdiğini ileri sürerek karara itiraz ettim. İtiraz mercii ise, ilgili bakımından düşme kararının beraatten daha ağır bir karar sayılamayacağı, onun durumunu ağırlaştırmadığı gerekçesiyle talebimizi reddetti.

IV. AİHS m. 6/3'te Sağlanan Asgari Garantiler

Daha önce de belirtildiği üzere, AİHS'nin 6/3. maddesinde beş temel hak yer almaktadır ve bunlar İngilizce metinde "asgari", Fransızcasında ise "özellikle" sözcükleriyle ifade edilmektedir.

1. Sanığa Yöneltilen İsnadın Mahiyet ve Sebebiyetinden En Kısa Zamanda, Anladığı Bir Dille Haberdar Edilme Hakkı.

Burada özellikle "en kısa zamanda" haberdar edilme hususu tartışmalıdır.

Alman doktrinine göre, ki hukuki durum da böyledir, en geç kamu davası açılmadan önce sanık bu isnad konusunda haberdar edilmiş olmalıdır. Önsoruşturmada hangi anda haberdar edilmesi gerektiği sorusunun cevabını verebilmek ise zordur. Zira henüz araştırmaların başladığı sırada yapılacak bir bildirim, birçok delilin elde edilmesini imkansız kılabilir. Ayrıca bu tür bir erken bildirim çoğunlukla kaçma veya delilleri karartma tehlikesini ortaya çıkarabilir ve bu durumda da bir tutuklama zorunluluğu söz konusu olabilir. İsnad konusunda böyle zamansız haberdar etmenin adeta sanığın aleyhine sonuç doğuracak olması ise kanunun amacı olamaz.

2. Savunma Hakkı ve Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylığa Sahip Olma.

AİHS'nin 6/3-b maddesi, aleyhinde kamu davası açılmış olan sanığa, savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve kolaylığa sahip olma hakkını

tanılmaktadır. Bu hak, sanığın kendisini bizzat savunma veya kendi seçtiği, ödeme gücü yok ve adaletin selameti de gerektiriyorsa, ücretsiz olarak tayin edilen bir müdafiden yararlanma hakkının düzenlendiği 6/3. maddenin c bendi ile birlikte düşünülmelidir.

Önce "savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylığa sahip olma" imkanını ele alalım. Bu husus, her şeyden önce, müdafii ile temas kurabilme ve dosyayı inceleme hakkını gerektirir. AİHK'na göre, tutuklu ile müdafii arasındaki yazışma, ancak, Sözleşme'nin 8/2. maddesinde öngörülen haberleşmenin gizliliğini sınırlayabilme şartlarının varlığı halinde kontrol edilebilir (5). Alman hukukunda müdafinin yazışmaları sadece terörist örgüt üyelerinin yargılanması durumunda kontrol edilebilmektedir. (Alman CMUK m. 148/2). Terörist örgüt üyeleri ile avukatlarının, yüzyüze görüşmeyi, çoğunlukla örgüt üyelerine silah ulaştırmanın bir vasıtası olarak kullandıklarının belirlenmesi üzerine, 1978 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile, bu tür görüşmelerde araya bir "ayırıcı cam" koyma uygulaması getirilmiş oldu (Alman CMUK m. 148/2). Komisyon bu uygulamanın AİHS'nin 6/3-b maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (6). Ayrıca 1977 yılında, terörist örgüt üyelerinin bedeni, hayatı veya özgürlüğüne yönelik bir tehlikeye karşı, ziyaretçilerin ve bu arada müdafinin de bu kişilerle fiziksel temas kurmalarını engelleyebilme imkanı getirildi (EGGVG m. 31 vd.). Ayrıca, gerektiğinde, tutuklu ile müdafii arasında aracılık yapmak üzere, mahkeme tarafından bir avukat tayin edilmektedir. Bütün bu sebeplerden ötürü ve ayrıca bunlar sadece geçici nitelikte tedbirler olduklarından, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu durumları, savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkının hukuka aykırı surette kısıtlanması saymamıştır (7). AİHK'nun şu ana kadar bu konuda bir kararı mevcut değildir.

Savunmasını hazırlamak için "gerekli zamana" sahip olma hakkı her şeyden önce, çoğunlukla komünist hukuk sistemlerinde olduğu gibi, isnadın bildirilmesi ile duruşma günü arasında çok kısa bir zaman olmamasını gerektirir (8). Alman hukukunda celbnamenin tebliği ile duruşma günü arasındaki süre en aşağı bir haftadır (Alman CMUK m. 217). Bu süre, özellikle karmaşık davalarda kısa sayılabilir. Fakat henüz son soruşturma açılmadan önce sanığa iddianamenin

(5) CD 22, 45; 24, 93

(6) Komisyon'un 9.7. 1981 tarihli kararı, DR 26, 24

(7) BVerfGE 46, 1; BVerfGE NJW 1978, 2235

(8) Schroeder, Menschenrechte im Strafverfahren und Strafvollzug, in: Menschenrechte in den Staaten des Warschauer Paktes (Bericht der unabhängigen Wissenschaftlerkommission), 1988, S. 342 vd., 350

bildirilip, varsa, itirazlarını sunması için yeterli zamanın tayin edilmesi ve ancak ondan sonra duruşma gününün belirlenmesi gerektiği de gözönünde bulundurulmalıdır. (Alman CMUK m. 201). Ayrıca bir de "hızlandırılmış muhakeme" sözkonusudur ve burada süre 24 saatten ibarettir. (Alman CMUK m. 418/2, cümle 2). Bu hükmün AİHS m. 6/3-b ile uyumlu olup olmadığı konusu çok tartışmalıdır. Alman CMUK'un 417. maddesine göre, seri muhakemenin sözkonusu olabilmesinin şartı; davanın basit işlerden sayılması veya delillerin ortada olmasıdır. Doktrinde bir de, AİHS'nin 6/3-b maddesinin nazara alınması gereği vurgulanmaktadır (9).

Kendini bizzat savunma imkanı, sanığa müdafî tayininin engellenebileceği anlamına gelmez (10). Almanya'da genellikle teröristlerle ilgili davalarda, birçok oturumdan sonra avukatların birden bire davayı bırakmak gibi bir yolu sıkça kullanmaları üzerine, uzun süren yargılamalarda, sanığın seçtiği müdafî olsa bile, tıpkı toplu mahkemelerde bir hakimin duruşmada bulunamaması ihtimali olduğunda onun yerine geçmek üzere "yedek üye" bulundurulmasındaki gibi, ihtiyaten bir avukat tayin edilmeye başlandı. Bu uygulama avukatlar tarafından şiddetli polemik konusu yapıldı ve bu durum "cebrî müdafî tayini" olarak nitelendirildi. Uygulamayı hukuka uygun sayan ve hukuk devleti ilkesine aykırılık görmeyen Alman Federal Anayasa Mahkemesi, AİHS'ndeki yargılamayı sürüncemede bırakma yasağının da bunu gerektirdiğini belirtmiştir (11). Ayrıca sanık bu durumda "kısıtlanmış" da değildir, zira devletin bir müdafî tayin etmesi halinde dahi sanığın yargılamaya bizzat iştirak etme ve müdafîin yaptığı savunmanın aksi yönde deliller ileri sürme hakkı her zaman mevcuttur (12).

3. İddia Tanıklarına Soru Sorma-Sordurma ve Savunma Tanıklarının Çağrılıp Dinlenmesinin Sağlanmasını İsteme Hakkı.

İddia ve savunma tanıklarının yüzleştirilmesi uygulaması anglo-amerikan taraf muhakemesi sisteminde bulunup, kıta avrupası hukukuna yabancıdır. İddia ve savunma makamı tanık gösterebilirler. Ayrıca mahkeme de, kimin lehine ifade vereceğine bakmaksızın, re'sen tanıkları dinlemekle yükümlüdür.

Bu noktada, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı (dolaylı tanıklık), özellikle de güvenilir kişilerin (V- Leute) açıklamaları bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Polisin sıkça muhbir, güvenilir kişi vb. kullanmaya başlamasıyla bir-

(9) Kleinknecht/Meyer-Gossner, StPO, 42. Aufl., 1995, s. 418 Rdn. 8

(10) Internationaler Kommentar, Rdn. 507

(11) BVerfGE 66, 321

(12) DR 26, 238

likte dolaylı tanıklık sorunu yeni bir boyut kazanmıştır. Bu kişilerin eğitimi ve suç örgütü içine sokulmaları çok zor ve masraflı olduğundan, polis, yargılama sırasında bunların açığa çıkıp tanınmalarını, dolayısıyla da bir daha kendilerinden yararlanılamaz hale gelinmesini istememektedir. Bundan başka, birçok tanık, suçluların öç almasından korktukları için gizli kalmayı tercih etmektedirler. Bütün bu nedenlerle, mahkeme önüne çıkacak tanık olarak geriye sadece, kimliği gizli kalması gereken veya kimliğini gizlemek isteyen kişilerin açıklamalarını dinleyen ve bunu aktarmak durumunda olan polis görevlisi kalmaktadır.

Burada AİHS'nin 6/3-d maddesinin ihlâl edilip edilmediği sorunu gündeme gelmektedir. Zira bu durumda "tanık" kendisine sorular yöneltilebilecek olan bir kolluk görevlisinden ibaret olmaktadır.

AİHK bu hususda şu şekilde karar vermiştir:

a) AİHS anlamında tanık kavramı "otonom" olarak anlaşılabilir. Bu nedenle güvenilir kişi tanık sayılabilir.

b) Adalet mekanizmasının dürüst işleyeceğine güvenebilme hakkı, demokratik bir toplumda, amaca uygunluk mülahazalarına feda edilemeyecek kadar ayrıcalıklı bir konumdadır.

c) AİHS'nin 6/1 ve 6/3-d maddesindeki haklar, sanığa muhakemenin herhangi bir aşamasında, gerektiğinde, aleyhinde ifade veren tanığın güvenilirliğini sorgulayabilme ve ona soru sorabilme imkanını sunmaktadırlar.

Alman uygulaması, güvenilir kişilerin ve anonim tanıkların sorgulanmasıyla ilgili sıkı şartlar aramaktadır. Buna göre Yüksek Mahkeme; öncelikle, maddi gerçeğe ulaşmak yükümlülüğünün bir gereği olarak, doğrudan doğruya tanığı mahkeme huzuruna getirmeyi denemlidir. Polisin veya diğer yetkili makamların tanığın kimliğini bildirmekten kaçınmaları ya da bir memurun tanıklık etmesinin yasak olduğunun bildirilmesi halinde, bunun yasal bir dayanığının olması zorunludur. Gerekirse mahkeme bir üst makama başvurup, güvenilir kişinin, kimliği anlaşılmayacak şekilde vucudu gizlenerek ve kısmen de sesi değiştirilmek suretiyle sorgulanmasını talep etmelidir. Resmi makamların güvenilir kişinin kimliğini keyfi olarak, açıkça hukuka aykırı biçimde veya sebep göstermeksizin açıklamaları halinde, dolaylı tanığın dinlenmesi hukuken caiz değildir (13). Buna karşılık, yukarıda belirtilen şartların tamamı yerine getirilmişse, artık, doğrudan doğruya tanık "erişilebilir nitelikte olmayan tanık" olarak nitelenir ve böyle bir tanığın Alman CMUK'nun 244/3. maddesi uyarınca

(13) BVerfGE 57, 290; BGH 29, 111

celbi gerekmez.

Doğrudan doğruya tanığa ulaşamadığı, sadece duyduğunu söyleyen tanıkla yetinilmek zorunda kalındığı durumlarda, ifadenin delil değerinin daha zayıf olduğu hususu delil değerlendirmesinde göz önünde tutulmalıdır. "Mahkeme ile doğrudan doğruya tanık arasında yer alanların sayısı arttıkça ifadenin delil olmak bakımından değeri azalır" (14). Duyduğunu söyleyen tanığın ifadesine, bu beyan ancak başka delillerle doğrulandığında dayanılabilir.

4. Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı.

Bu konuda Almanya'da, farklı hususlara ilişkin olmak üzere, çok sayıda karar verilmiştir. Burada daha fazla ayrıntıya girmek istemiyorum, zira yabancılarla karşı ceza yargılaması Türkiye'de Almanya'daki kadar yoğun değildir.

5. Değerlendirme.

Buraya kadar AİHS m. 6/2 ve 3'de düzenlenmiş olan haklar tek tek ele alındı. Şimdi sorulması gereken böyle bir düzenlemenin "doğru" olup olmadığı, yani AİHS'nin 6/2, 3. maddesinde düzenlenenlerin gerçekten sanığın ceza muhakemesindeki en önemli hakları olup olmadığı ve bu hükümlerin, çok önemli olmayan başkaca hakları da içerip içermediğidir.

Mahkemenin ve koğuşurma makamlarının sanık bakımından en tehlikeli davranış biçimleri nelerdir ve bu konuda sanığın en önemli hakları hangileridir?

Bana göre en tehlikeli davranış biçimleri:

- Savunmasız ya da savunma için yeterli zaman tanımaksızın yapılan muhakeme

- Delillerin kolluk tarafından tahrifi, buna karşılık duruşmada durumun düzeltilmesi imkanının olmaması

- Taraflı veya ön yargılı delil değerlendirmesi

- Sanığın delil ikame hakkının bulunmaması

- Duruşmanın aleniliğinin ihlali.

Yukarıda da görüldüğü üzere, söz konusu tehlikeler, önemli ölçüde, AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki asgari haklar vasıtasıyla önlenmektedir. Sanığın delil ikame hakkı, AİHS'nde ancak kısmen, yani sadece tanığın dinlenmesi bakımından düzenlenmiştir. Sözleşme'nin anılan maddesinde

yeralan diğer bütün asgari haklar ise gerçekten temel sayılabilecek haklardır.

V. Dürüst Yargılama İlkesinin Genel Şartları

Dürüst yargılama ilkesinin, buraya kadar açıklananların dışında daha başka hangi hakları içerdiğine bakıldığında, uygulama ve doktrinde genel olarak dört temel hususun zikredildiği görülmektedir:

1. Silahlarda eşitlik ilkesi
2. Ceza muhakemesi işlemlerinde bizzat hazır bulunma hakkı
3. Delil ikamesi ve değerlendirmesine ilişkin haklar
- 4- Hükümlerin gerekçeli olmasına zorlayabilme hakkı

Silahlarda eşitlik ilkesi tamamıyla anglo-amerikan taraf muhakemesinin bir yansımasıdır. Bu ilke, önemli ölçüde, "audiatur et altera pars" (karşı taraf da dinlenmelidir) anlamına gelmektedir. Buna uygun olarak, Alman doktrin ve mevzuatında, mahkeme önünde meramını anlatabilme hakkı geliştirilmiş bulunmaktadır.

AİHK ile AİHM içtihatlarına ve doktrine göre ceza muhakemesi işlemlerine kişisel olarak katılabilme hakkı dürüst yargılama ilkesinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır (15).

AİHS sanık bakımından bir hazır bulunma yükümlülüğü öngörmemektedir, -Alman Hukuku'nda da, orta ve ağır suçlar sözkonusu olduğunda durum aynıdır-. Bu nedenle, sanığın işlemlere katılmaktan kaçınması Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırılık oluşturmaz. AİHK, sanığın uygunsuz bir davranışta bulunması, katılmak istememesi ya da katılmayı imkansız kılan bir hale yolaçması durumlarında, geçici olarak sözlü işlemlerden uzaklaştırılmasını hukuka uygun kabul etmiştir (16). Komisyon'un bu konuda yeni bir kararı da, Alman teröristler Gudrun Ensslin, Bader ve diğerlerin başvurusu üzerine verilmiştir. Bu kişilerin, birçok kere kendilerini işlem ehliyetini yitirmiş bir hale sokmaları üzerine Alman yasama organlarının düzenlediği bir kural ile, sanığın mahkeme veya naip hakim önünde isnad konusunda açıklamalarda bulunabilme imkanı elde etmesi halinde duruşmaya devam edilebileceği öngörülmüştür. (Alman CMUK m. 231 a).

Bu konuda Alman uygulamasından bir diğer ilginç örnek de şöyledir:

(15) Frowein/Peukert, Rdn. 66 vd., Internationaler Kommentar, Rdn. 362 vd.

(16) Geniş bilgi için bakınız. Frowein/Peukert, Rdn. 67

Mahkeme, bir evin balkonunda keşif yapacaktır. Ev sahibi, kavgalı olduğu sanığın ya gözleri bağlı olarak evden geçip balkona çıkmasını ya da bir merdivenle evin dışından balkona tırmanmasını talep eder. Her iki öneri de sanık tarafından reddedilir. Bunun üzerine mahkeme sanığın yokluğunda keşif yapar. Bu yanlıştır. Zira Alman CMUK herhangi bir hazır bulunmama sebebi öngörmüş değildir. Konutun sahibinin önerileri ise sanık tarafından yerine getirilemez şartlar değildir. Mahkemenin; sanığın evden geçerek balkona çıkması için ev sahibini zorlama imkanı da bulunmadığından, bu durum Alman CMUK'nun 338. maddesine göre mutlak bir temyiz sebebidir. Bu durumda mahkeme keşif yapmaksızın hüküm vermek zorunda idi (17).

Benim dürüst yargılama bakımından özellikle önemli gördüğüm bir ilke, çaresiz durumdaki sanıklara yardım yükümlülüğü prensibi, Alman yargı kararları ve doktrini tarafından geliştirilmiş bulunmaktadır. Bu ilke sanığa sadece bazı hakların tanınmış olmasını yeterli saymamakta, ayrıca, sürekli olarak bu hakların öğretilmesini de gerektirmektedir. Nitekim Alman CMUK'nda da, daha polis tarafından yapılan ilk sorgusunda sanığın susma ve bir avukata danışma hakkının bildirilmesi hükme bağlanmıştır.

VI AİHS'nin 6. Maddesinin Ulusal Hukuk Bakımından Önemi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan Devletler, Sözleşme'yi imzalamakla egemenlikleri altındaki herkese, orada öngörülen hakları sağlama yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadırlar. (AİHS m.1). Fakat bu, taraf devletlerin Sözleşme'yi bizzat iç hukuka aktarmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. Nitekim İngiltere, İrlanda, İsveç, Norveç, Danirma ve İzlanda gibi ülkeler bunu yapmamışlardır. Ayrıca, AİHS'ne iç hukukda anayasal düzeyde bir değer tanıma zorunluluğu da yoktur. Bununla birlikte, Avusturya'da ve kısmen de İsviçre'de bu yapılmıştır. Belçika, Lüksemburg, Hollanda ve Fransa'da ise; AİHS'ne kanunların üzerinde bir konum öngörülmüştür. Diğer birçok ülkede Sözleşme normal kanun düzeyindedir. Örneğin Almanya, İtalya, Yunanistan ve hatta Türkiye'de olduğu gibi.

Almanya'da sanık her ne kadar AİHS'ne dayanabilirse de, Anayasa Mahkemesi'ne müracaatta, doğrudan doğruya, Sözleşme'ye aykırı davranıldığı sebebini ileri süremez.

Doğrudan AİHS'nin uygulanmasını istemeye Almanya'da pek gerek bu-

lanmamaktadır. Sözleşme'de düzenlenen hakların tamamı aynen iç hukukta da kural altına alınmıştır. Bu husus AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki münferit haklar yanında, genel ilke olan "dürüst yargılama" bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, gerek Sözleşme'de yer alan usul hukukuna ilişkin haklar, gerekse "dürüst yargılama" genel ilkesi mahkeme önüne pek fazla gelmemektedir (18). AİHS ile Alman Hukuku mümkün olduğunca pekiştirilmiş, aşağıda da belirtileceği gibi, iç hukukta Sözleşme'ye gerektiği şekilde yer verilmiş ve Alman ceza muhakemesi hukuku AİHS'ne uygun olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, ceza muhakemesiyle ilgili Alman mahkeme kararları da, Sözleşme hükümlerinin yorumlanması bakımından etkili olabilmektedirler (19).

AİHS'ndeki ceza muhakemesine ilişkin temel haklarla Alman iç hukuku arasındaki paralellik bir başka boyut daha kazanmaktadır. Zira Almanya'da, ceza muhakemesi hukuku ile ilgili bazı yetkiler, anayasal korunmaya sahip temel haklar düzeyinde sayılmaktadır. Örneğin Alman Anayasası'nın 103/1. maddesinde yer alan meramını anlatabilme hakkı böyledir. Daha önce görüldüğü gibi, AİHS'de "dürüst dinlenme hakkı" olarak nitelendirilen dürüst yargılama ilkesi aynı zamanda meramını anlatabilme hakkını da içermektedir. Bu nedenle AİHS her ne kadar Almanya'da doğrudan doğruya bir anayasal korunmaya sahip değilse de, Sözleşme'dekine paralel haklar aynen Anayasa'da da yer aldığından, sonuçta bir değişiklik olmamaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'daki genel bir ilkede; hukuk devleti ilkesi içerisinde suçsuzluk karinesinin de yer aldığı belirtmektedir (20).

Aynı şekilde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, dürüst yargılama ilkesi Alman Anayasası'nda ve bizzat hukuk devleti ilkesi içinde mevcuttur (21).

Hukuk devleti ilkesi, dürüst bir yargılamayı da içeren genel ve kapsayıcı bir ilkedir. Bu noktada Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanını çok geniş algıladığını belirtmeliyim. Federal Anayasa'ya göre, çeşitli devlet organları ve federe devletlerle federal devlet arasındaki tartışmalar bir yana, Anayasa Mahkemesi sadece vatandaşlarını temel haklarının ihlal edildiği id-

(18) H. Heubel, *Der 'fair trial' -ein Grundsatzes des Strafverfahrens?*, 1981. Yazar, dürüst yargılama prensibinin Alman hukuku bakımından geniş anlaşılması görüşünü reddetmekte ve sadece ceza muhakemesi hukukundaki koruyucu hükümlerin uygulanması noktasından ilkeyi ele almaktadır.

(19) Örneğin *Internationaler Kommentar zur EMRK*

(20) *BVerfGE* 19, 347; 74, 370

(21) *BVerfGE* 26, 71; 38, 111; 57, 274; 63, 390, 66, 318

dialarını incelemekle yetkilidir. Oysa Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti prensibi ihlallerini de, temel hakların hukuka aykırı biçimde sınırlanması saymak suretiyle, kendi takdir yetkisi içinde görmekte ve böylece yeni bir Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu ortaya çıkarmış bulunmaktadır. Böylece Almanya'da, dürüst yargılama ilkesine her türlü aykırılık halinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu açılmış olmaktadır.

Ayrıca AİHS'nin 25. maddesine göre, herkesin, Sözleşme'de düzenlenen hakların ihlali sonucu zarar gördüğü iddiasıyla AİHK'na başvurabilmesi mümkündür. Ancak bunun olabilmesi için iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir. AİHK önce dostane çözüm (sulh) yolunu dener ve bundan bir sonuç alınamazsa Bakanlar Komitesi'ne bir rapor sunulur. Ayrıca Komisyon AİHM'ne de (Divan) müracaat edebilir. (AİHS' m. 48.) Mevcut kararı iptal imkanı bulunmayan Divan, ancak ilgilinin zararının tazminine hükmedebilir. (m.50). AİHM'ne müracaat edilmediği durumlarda ise, Bakanlar Komitesi, üçte iki çoğunlukla, insan hakları ihlalinin gerçekleştirilmiş olan âkid devletin bazı tedbirleri yerine getirmesini kararlaştırabilir. (m. 32.). Uygulamada, aleyhinde karar verilen devletten bir rapor istenmekte ve sonra da, ilgilinin uğradığı zararın giderilmesi sağlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları organları kararlarının gereği her zaman yerine getirilmiyor olsa da, bu kararların moral etkisi yine de çok büyüktür.

11.5.1994 tarih ve 11 nolu Protokol'le, daha önce AİHK-AİHM-Bakanlar Komitesi arasında bölünmüş olan yetki, münhasıran tek elde toplanarak sadece Divan'a verildi. Fakat sözkonusu Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir.

Almanya'da yukarıda da zikredildiği üzeri Anayasa Mahkemesi'ne başvuru bakımından yeni bir iç hukuk yolu daha ihdas edilmiş olup, AİHK'na gidebilmek için bu yolun da tüketilmesi gerekmektedir. Bu kararlarla birlikte artık Almanya'da, dürüst yargılama ilkesi ihlallerinin, ihlalin vuku bulduğu eyaletteki olağan mahkemelerde çözüme kavuşturulabilmesi imkanı getirilmiş olup, ihlal halinde doğrudan Komisyon'a başvurmak yerine, ancak bu yol kullanıldıktan ve böylece iç başvuru yolları tamamen tüketilmiş sayıldıktan sonra AİHK'na müracaat edilebilecektir.

ÇAĞDAŞ DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE İDARİ VESAYET DENETİMİ

Prof. Dr. Coşkun SAN (*)

Kavramın Açıklanması:

İdari Vesayet Denetimi il, belediye ve köy birimlerinin yönetimi açısından Türkiye'de karşılaşılan en önemli hukuksal sorunlardan biridir (1). Bu karmaşık konunun gerek bilimsel literatürde gerekse mahkeme kararlarında açıklıkla tartışıldığı, hele yeniden düzenlenmesi yönünde öneriler çerçevesinde ele alındığı, pek söylenmez.

Konu karmaşık ve tartışmalı olunca, açıklanması da ister istemez biraz güç anlaşılır olacaktır. Önce % vesayet % terimi üzerinde duralım:

Vesayet bilindiği gibi bir özel hukuk kavramı olup, kendilerini yönetemeyecek durumda olan kişilerin (küçükler ve hacir altına alınan gibi) çıkarlarını korumak amacıyla, bir gerçek ya da tüzel kişinin denetimi altına konmasıdır. Burada asıl amaç, hukuksal işlemleri yapamayacak durumda olan kişilerin çıkarlarını korumaktır.

Buna karşılık idari vesayet denetiminde amaç, hukuksal işlemleri yapmada ehliyeti tartışılmayacak olan yerel yönetimlerin değil, yetki aşması ya da gasp gibi tehlikelere karşı, kamunun yani devletin değil, halkın çıkarlarını korumaktır (2).

Görüldüğü gibi hukuksal bir kavram olan "vesayet" terimi özel hukukta ve kamu hukukunda, ulaşılmak istenen amaçlar açısından, birbirinden farklı anlamlara gelmektedir.

Gerçekten de vesayet kurumu özel hukukta kişinin çıkarlarını, kamu hukukunda ise, kamunun yani halkın çıkarlarını korumaya yöneliktir.

Öte yandan, özel hukukta vesayet, bir gerçek ya da tüzel kişinin, haklarını

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Fişek, Kurthan, "Vesayet Denetimi", Yeni Bir Belediyeceliğe Doğru, Ankara 1982, s. 113

(2) Tortop, Nuri, Mahalli İdareler, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 14, Arslan, Süleyman, İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar (Bildiri), 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Ankara 1990, s. 506

koruyamayacak durumda olan bir kişinin yerine geçerek hukuksal işlemler yapmasını gerektirirken, kamu hukukundaki vesayet kurumu, çok istisnai haller dışında (3), devletin başka organlarının yerel yönetimlerin yerine geçerek kararlar vermesi anlamına gelmez. Burada söz konusu olan, yasalarda açıkça gösterilmiş bulunan durumlarda, yerel yönetimlerin devlet organlarıncaya çeşitli yollardan denetlenmesidir.

İdare Hukuku ve özellikle idari vesayet konusunda yayın yapan kimi yazarların, son zamanlarda "idari vesayet denetimi" ya da yalnızca "idari denetim" terimlerinin yeğledikleri görülmektedir. Her türlü yanlış anlamayı önlemek için, "vesayet" kavramının kullanılmasından kaçınılması ve anayasa dahil bütün ilgililer diğer yasalardan da çıkarılması, çok yerinde olacaktır. Gerçekten de cermen ve anglosakson hukukunda aynı kurum, "devlet denetimi" (alm.: Staatsaufsicht) ya da "üst denetim" (ing.: survision) terimleriyle anılmaktadır.

Yerel Yönetimler ve Ulusal Egemenlik:

İdari vesayet denetimi konusunda sık sık ortaya atılan bir soru, seçim yoluyla işbaşına gelen yerel organların (söz gelişi, belediye başkan ve meclislerinin) merkezce denetlenmesinin, ulusal egemenlik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağıdır.

Bilindiği gibi ulusal egemenlik ilkesi, demokratik rejimin temel direğidir. Tersine bir deyişle, egemenliğin halktan başka bir güç kaynağına ait olduğu ileri sürülen rejimler, kesinlikle demokratik değildirler.

Öyleyse nasıl olur da, seçimle yani halkın egemenliğini kullanması yoluyla işbaşına gelen yerel yönetim organları, devletin atanmış personelinden oluşan organlarca denetlenebilir?

Bu sorunun yanıtı, aslında o kadar zor değildir, çünkü demokratik rejimlerde halk, egemenlik hakkını ulusal düzeyde kullanır. Başka bir deyişle halk, egemenlik haklarının kendi adına kullanmak üzere, seçim yoluyla bir takım vekilleri (milletvekilleri) görevlendirir. Böylece ulusal egemenlik demokratik rejimlerde, devletin asli organları olan yasama, yürütme ve yargı organları eliyle ve halk adına kullanılır. Yerel yönetimlerin gene halkın oyu ile işbaşına gelen organları ise, ülke düzeyinde ulusal egemenlik hakkının kullanılması sonucunda ortaya çıkmadıkları ve ulusal egemenlik parçalanma (eski deyişle, tecezzi) kabul etmediği için, asli organların denetimi altında bulunur.

(3) Coşkun, Sabri, İdari (Yönetimsel) Vesayet, Ankara 1976. s. 32 vd

Görüldüğü gibi, seçimle işbaşına gelen yerel yönetim organlarının devletçe denetlenmesi, ulusal egemenlik ilkesinin bir sonucudur.

Belediyelerin İdari Denetimin Anayasal Temelleri:

Yerel yönetimlerin ve bu arada belediyelerin vesayet denetimi altında bulunmalarına ilişkin temel hüküm, 1982 tarihli T.C. Anayasasının 127. Maddesinin 3. üncü ve 4. üncü fıkralarında yer almaktadır. Buna göre:

"Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma ve kovuşturma açılan mahalle idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırılabilir.

Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ülkesine uygun şekilde yürütmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptirler."

Bu iki fıkradan ilkinde, bozuk bir Türkçe ile ve anlaşılması oldukça zor bir biçimde yer alan "mahalli idarilerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim, yargı yolu ile olur" hükmü, 1961 tarihli Anayasa'da da olduğu gibi, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde seçim ilkesine gösterilen saygının belirgin bir ifadesidir daha açık bir deyişle organlık sıfatının kazanılmasına karşı yapılan itirazlar ile bu sıfatın yitirilmesi sonucunu doğurabilecek önemli konularda karar alma yetkisi bir anayasa hükmü olarak, merkez yönetimine değil, yargı organına bırakılmıştır (4).

Bu açık ve demokratik hükmün ortaya koyduğu bir diğer önemli gerçek ise, yerel yönetimler ve bu arada belediyeler üzerindeki yargı denetiminin, idari vesayet denetimi kavramı altında ele alınamayacağıdır. Gerçekten yargı denetimi, güçler ayrılığı ilkesi ve hukuk devleti esas çerçevesinde, yürütme organının uzantısı olan idarenin değil, yargı organının bir parçası olan idari yargı yerlerinin yetki alanına girmektedir. (5). Danıştay'ın bir görüş bildirme organı olarak yerine getirdiği görevler, doğal olarak bu alanının dışında kalmaktadır.

(4) Tortop, a.g.e., s. 15. benzer görüş

(5) Coşkun, a.g.e., s. 23, benzer görüş

Öte yandan bütün diğer demokratik ülkelerde, özellikle seçimle işbaşına gelen ve özerk bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan belediyelerin denetimlerinin istisna, serbestçe karar almalarının ise kural olması yönünde bir gelişme gözlenmektedir. Benzeri bir gelişme ülkemizde de görülmektedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında "mahalli idarelerin Anayasada belirtilen görevlerinin merkezi idareye..." aktarılamayacağına ve "mahalli idarelerin görevlerini yerine getirebilmeleri için mali kaynakların sağlanması zorunludur..." olduğuna ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Ayrıca yapılan yeni düzenlemeler sonucunda, imar plan ve programlarının kabulü, kural olarak belediye meclislerine bırakılmış, Bakanlık onayı zorunluğu kaldırılmıştır. Belediyelerin gelir kaynaklarının arttırılması ve yazışmalarda kırtasiyeciliğe neden olan kimi kuralların değiştirilerek basitleştirilmesi de bu olumlu gelişmelere örnek olarak görülebilir (6)

Son olarak, İçişleri Bakanlarının Anayasa'nın 127. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve kısa bir süre önce keyfilik kokar bir biçimde uygulanan "belediye başkanların görevden geçici olarak uzaklaştırma" yetkisinin de, maddenin sözüne ve özüne uygun olarak özenle kullanılması gereği de, bu çerçevede içinde mutlaka belirtilmek gerekir.

Belediyelerin İdari Denetiminin Özellikleri:

Demokratik hukuk devleti ilkesi ile özerkliğe duyulan saygının artığının açık bir belirtisi olan bu gelişmelere karşın, idari vesayet denetimi yerini, henüz yalnızca yargı denetimine bırakmış değildir.

Gerçekten, özellikle devlet-belediye ilişkilerinin önemli kesişme noktalarından olan, idarenin ve hizmetlerin bütünlüğü, birliği ve adil dağılımı konularında, söz gelişi, kuruluş, isim, sınır tesbiti ya da değişikliği ile mali hususlarda, idarenin belediyeler üzerindeki vesayetçi denetimi bütün ağırlığı ile hissedilmektedir (7).

İdari denetimin ayırıcı özelliklerine gelince, bunları başlıca şu üç nokta etrafında toplamak mümkündür:

1- İdari denetim ancak yasada belirtilmiş bulunan idari makamlarca kullanılabilir bir yetkidir. Başka bir deyişle, bu yetkinin yasada açıkça belirtilen makam tarafından kullanılması zorunludur. Aşama sırasında daha üst bir organ ya da makama devredilemez.

(6) Yayla, Yıldızhan, "Belediyelerin Diğer Kuruluşlarla İlişkileri, İdari Vesayet ve Mali Denetim", yayınlanmış bildiri, 1987, s. 3

(7) Yayla, a.g. bildiri s. 3

2- Belediyelerin hukuk devleti esası çerçevesinde yargı organlarıncı denetlenmesi, yalnızca idari yargıya tanınmış bir yetkidir. Bu yargı denetimi yetkisi de bir başka yargı organına, söz gelişi, adli mahkemelere devredilemez (8).

3- Belediyelerin, idari denetim karşısında kendilerini savunabilmeleri için, merkezi idarenin kendilerine ilişkin kararlarına karşı dava açabilme hakkı vardır (9).

Görüldüğü gibi, özellikle belediyelerin idari denetimi girerek daha demokratik ve özerk bir çerçeveye oturtılmaya başlanmıştır. Bu gelişmenin günün birinde, belediyelerin yalnızca yargı yoluyla denetlenmeleri noktasına ulaşabilmesinde, kuşkusuz belediyelerin yasalara, kamu çıkarlarına, sosyal adalete uygun ve hizmetlerle harcamalar arasında dengenin sağlandığı uygulamaları, büyük bir rol oynayacaktır. Bu koşullar gerçekleşmediği, kamunun çıkarlarının kimi, ender durumlarda da olsa, özel çıkarlara kurban edildiği sürece, devletin bu tür rüşdünü ispat edememiş yerel yönetimler üzerindeki vesayetçi denetimi, hatta yönetimi, elbette tüm ağırlığı ile sürüp gidecektir.

Belediyelerin İdari Denetiminde Usuller:

İl ve köy yerel yönetimlerinin bir yönleriyle özerk, ama bir başka açıdan da merkezi idarenin yerel birimleri netiliğini taşımalarına karşılık, belediyeler tümüyle yerel bir kamu hizmeti birimi kimliğindedirler (10). Bu açıdan bakılınca, denetimi aşan ve yönetime karışma karakteri taşıyan kimi merkezi idare yetkilerini anlamak ve onaylamak son derece güçleşmektedir (11). Söz konusu yetkileri, idari denetim olarak değil, düpedüz vesayet denetimi şeklinde yorumlamak, hiç de insafsızlık sayılmamalıdır. Bu sakıncalı hükümlere, yeri geldikçe değinilecektir.

1- Belediyelerin Organları Üzerindeki İdari Denetim:

Genel organ kuramına ve Anayasa Hukukumıza göre, yalnızca birden çok kişinin vücut verdiği kurullar değil, kimi durumlarda bir tek kişi de organ sayılabilir. Belediyenin seçilmiş organları, encümenlerin karmaşık yapısı bir yana bırakılacak olursa, başkan ve meclistir (12).

(8) Erdoğan, Sedat, "Belediye Organları ve İdari Veraset" Belediye Başkanları Kurs Notları, Ankara 1967, s. 29

(9) Yayla, a.g.b., s. 2

(10) Coşkun, a.g.e., s. 53

(11) Tortop, a.g.e., s. 13

(12) Yayla, a.g.b., s. 2

a- Belediye Başkanları Üzerinde Denetim:

Belediye Başkanlarının doğrudan ilgilendiren denetim, 1580 sayılı yasanın gensoru, yıllık çalışma raporunun yetersiz bulunması, görevi kötüye kullanma ve hüküm giyme halleri ile sınırlıdır. Bu durumlarda söz konusu olacak denetim, özellikle prosedürün başlanması ve sonuçlandırılması açısından karmaşık bir nitelik göstermektedir. Çünkü 76. maddeye göre yıllık çalışma raporunun yetersiz sayılabilmesi için, öncelikle belediye meclisinin üye tam sayısının 2/3 çoğunluğunun oyu, sonra başkan vekillerinden birinin bu konuya ilişkin tutanağı en büyük mülkiye amirine havale etmesi, amirin ise kendi görüşünü de ekleyerek, tutanağı bir ay içinde karar verilmek üzere idari yargı organına göndermesi gerekmektedir.

Görüldüğü gibi prosedür, bir tür iç denetim ya da otokontrol olarak başlamakta, en büyük mülkiye amirinin devreye girmesiyle vesayet denetimi niteliğini kazanmakta, sonuçta ise karar bir idari yargı yerinde verileceği için de, yargı denetimi karakterine bürünmektedir (13).

Benzer durum, 1580 sayılı yasanın değişik 91. maddesindeki, seçilme yeteneğini yitirme ya da görevini kötüye kullanma ya da herhangi bir suçtan dolayı en az 6 ay hapse mahkum olma hallerinde de söz konusudur. Böyle bir durumda, İçişleri Bakanlığının bildirimine üzerine idari yargı organı, bir ay içinde bir karar verir.

b- Belediye Meclisleri Üzerinde Denetim:

Belediye meclisleri üzerindeki denetim, merkezi idareye tanınan kimi yetkiler nedeniyle, denetim olmaktan çıkıp, vesayet yönetimi şekline bürünebilmektedir.

aa- Merkezi İdarenin Vesayetçi Yönetim Yetkileri:

1580 sayılı yasanın 59. maddesi, İçişleri Bakanlığına bir yönetmelik çıkararak, belediye meclislerinin çalışma yöntemlerini saptama yetkisi tanımıştır. Seçim yoluyla işbaşına gelen bir meclisin, çalışma yöntemlerini bile kendi kendine saptıyamaması, vesayetçi yönetim (denetim değil) anlayışının aşırı örneklerinden yalnızca biridir.

Öte yandan meclis olağan ve bütçe toplantılarının sürelerle bağlanması ve bu sürelerin uzatılabilmesinin, ancak valinin onayı ile mümkün olabilmesi, ayrıca

olağanüstü toplantı çağrısının vali tarafından yapılması gibi merkezi idareye, meclis toplantı ve çalışmalarına karışma yetkisi veren hükümler, vesayetçi yönetimin diğer ürktütücü örneklerini oluşturmaktadır (14).

bb- Belediye Meclislerinin Dağıtılması (feshi):

1580 sayılı yasanın değişik 53. maddesine göre Belediye Meclisi,

- Yasada belirtilen olağan ve olağanüstü toplantılar dışında toplanırsa,

- Yasada belirtilen yerden başka bir yerde biraraya gelirse,

- Görevlerini süresi içinde yapmaktan kaçınır ve bu durum işlerin gecikmesine sebep olursa,

- Siyasal konuları görüşür ve siyasal dileklerde bulunursa

İçişleri Bakanlığının bildirimini ile ve yargı organı eliyle dağıtılır. Yukarıda sayılan ve belediye meclislerinin özerk kamu tüzel kişiliği niteliğine ters düşen, ayrıca seçim ilkesiyle açıkça çelişen bu kısıtlayıcı hükümleri, demokratik hukuk devletinde savunabilmek pek güçtür. Bu durum belirgin bir biçimde, seçimle iş başına gelen kurallara karşı beslenen aşırı güvensizlikten kaynaklanmaktadır (15). Öncelikle meclislerin nerede toplanacağı hiçbir yasada yer almamaktadır. Üstelik bu yer, hizmet zorunlu kılarsa, pekala değiştirilebilmelidir. Öte yandan, siyasal parti kadrolarından meclise seçilen üyelere, siyasal nitelikli dileği bile yasaklamak, bir ifadenin ne ölçüde siyasal ya da dilek, hangi durumlarda ise hem siyasal hem de dilek sayılabileceğinin zorluğu gözönüne alınırsa, kısıtlamaların ne denli keyfiliğe ve öznelliğe açık olduğu, hemen anlaşılacaktır (16).

c- Belediye Encümenleri Üzerinde Denetim:

Belediye encümenleri, meclisin yılda üç kez olağan olarak toplanabilmeleri nedeniyle, hem yürütme hem de karar organı olarak büyük önem kazanmaktadırlar.

1580 sayılı Yasanın 87. ve 97. maddeleri belediye başkanları ile encümen arasında ortaya çıkabilecek görüş ayrılıklarını gidermeye yöneliktir ve her iki durumda da, iç denetim, vesayetçi denetim ve yargısal denetim mekanizmaları, bir zincirin halkaları gibi birbirine eklenmektedir.

87. maddeye göre başkan encümen kararlarını yasaya ve kamu yararına

(14) Coşkun, a.g.e., s. 58-59

(15) Fişek, a.g.m., s. 120 vd

(16) Tortop, a.g.e., s. 17

aykırı bulursa, kararın uygulanmasını erteleyerek, belgeleri en büyük mülkiye amirine verir. İl İdare Heyeti kararlarına karşı bildirim tarihinden başlayarak, başkan ve encümenin itiraz hakları belli bir süre saklı tutulmaktadır. Bu itirazlar il merkezi olmıyan yerlerde il idare heyetine, il merkezi olan yerler içinse, idari yargı yerinde karara bağlanır.

Buna karşılık 97. maddede, başkan ve encümen arasındaki görüş ayrılıkları için, belediye meclisine gidilmesi usulü yer almaktadır. Meclisin vereceği karara ise, hem başkan hem de encümen il merkezi olmıyan yerlerde, il idare heyetinde, il merkezi olan yerlerde ise il idare heyetinin de görüşü alınarak, idari yargı yerinde itiraz edebilirler.

Görüldüğü gibi, sadece prosedürün işlenmesi açısından değil, belediyelerin illerde veya daha küçük idari birimlerde bulunmasına göre de, denetim farklı niteliklere bürünebilmektedir.

Birinci halde, yani beledeye il merkezinde ise, itiraz il idare heyetinin görüşü alınmak şartıyla, idari yargı yerine gidecektir. Karmaşık bünyesine rağmen, nihai karar bir yargı yeri tarafından verileceği için, bu denetimi bir dereceye kadar yargı denetimi olarak kabul etmek mümkündür.

İkinci halde ise, yani belediye il merkezinde bulunmuyorsa, o takdirde itiraz, il idare heyetinde karara bağlanacaktır ki, burada belli durumlarda bir tür vesayet yönetimi, daha açıkçası, yetkili organın yerine geçerek karar vermeye çok benzeyen bir usul söz konusudur (17).

2- Belediyenin Atama Yoluyla Gelen Personeli Üzerinde Denetim:

Belediyelerin çok çeşitli ve yaygın hizmetleri etkili bir biçimde görebilmeleri için gereksinim duydukları personeli, serbestçe atama yetkileri de kısıtlıdır. Bir kez belediye, kadrolarını vesayet yönetimden istemek zorundadır. Bu kadroları verip vermemek ya da kısmak yetkisi ise, vesayet yönetimindedir. Gerçekten de belediyelerin gereksinim duyduğu kadrolar, 657 sayılı yasanın 35. ve 36. maddelerindeki özelliklere göre düzenlenerek İçişleri Bakanlığınca, Devlet Personel Dairesinin de görüşü alınarak, Bakanlar Kurulunun onayına sunulur.

Bu tablo karşısında denilebilir ki, seçimle işbaşına gelen belediyeler, kendi personellerine bile egemen değildirler ve bu konuda vesayet yönetimine tümüyle bağlı bulunmaktadır.

3- Belediye İşlemleri Üzerinde Denetim:

Seçilmiş organları ile atanmış personeli bile katı bir vesayetçi denetim, kimi zaman da yönetim, altında bulunan belediyelerin, çeşitli karar ve işlemlerinin de aynı anlayış içinde vesayetçi bir denetim kısılcığında bulunması, eşyanın doğasına uygun görülmelidir.

a- Onaya Bağlı Kararlar:

İdari vesayet denetiminin en tipik şekillerinden biri de, kuşkusuz belediye organlarının kararları üzerindeki denetimdir (18). Bu denetimin ağır vesayetçi niteliğini daha iyi anlayabilmek için, 1580 sayılı Yasanın 70. maddesinde belediye meclisinin görüşeceği ve karar alabileceği toplam 16 konudan, en önemli 8 inin yörenin en büyük mülkiye memurunun onayına bağlı bulunduğunu belirtmek yeterlidir. Gerçekten, belediyelerin iş görebilmeleri açısından son derece önemli olan finans kaynakları, söz gelişi bütçe, kesin hesap, ek ödenek, bütçede değişiklik ya da fasıldan fasıla aktarma gibi konulardaki kararları, en büyük mülkiye amirinin onayı ile kesinlik kazanır. Eğer bu yolla onay alınamazsa, belediye meclisinin inceleme isteği üzerine Damıstay bir ay içinde kesin bir karar verir.

Belediye organlarının onaya bağlı diğer kararları ise, sınır çizilmesine ve uyuşmazlığına; belediyelerin kurulmasına, kaldırılmasına ya da birleştirilmesine; bir belde de mahalleler kurulmasına, kaldırılmasına, isimleri ve sınırlarının saptanmasına; belde isimlerinin değiştirilmesine; belediye şubeleri kurulmasına; kimi bütçe işlemlerine; ulaşım hizmetlerine; tahvil çıkarmaya; mücavir alanlara; imar yönetmenliğine; belli kimi kamulaştırma biçimlerine; sağlık zabıtası yönetmeliğine; gecekondu sorununa ve benzer işlere ilişkin kararlardır (19).

Yasada kazuistik yöntemle (tek tek sayma yoluyla) hazırlanan bu liste dışında, acaba hangi önemli konular kalmıştır sorusu, vesayetçi denetim ağırlığını anlamada pek uyarıcı olsa gerektir.

b- Kesin Kararlar:

Belediye meclisinde kabul edilince yürürlüğe giren ve idari vesayet yönetiminin onayına bağlı olmayan kararlar ve bu türden olup, bunlar yasada tek tek sayılmamıştır.

(18) Arslan, a.g.b., s. 513.

(19) Coşkun, a.g.e., s. 66 vd, Erdoğan, a.g.m., s. 32-36.

Ne var ki, bu tür kararların vesayet denetiminde hiçbir biçimde konu olmayacağını sanmak yanlıştır. Gerçekten de bu kararlara da, yayım tarihinden başlayarak 10 gün içinde, il merkezi olmayan beldelerde belediye başkanı ya da ilgilirce, İçişleri Bakanlığına başvurularak itiraz edilebilir. İl merkezine gönderilen itirazlar, kaymakamın görüşü alındıktan sonra il idare heyetince en çok 15 gün içinde, il merkezi olan beldelerde ise, valinin görüşü alınarak Danıştay tarafından en çok bir ay içinde incelenerek karara bağlanır.

Bütün bunların dışında, valinin söz konusu meclis kararlarını, bunlar hakkında karar verilinceye dek ertelemesi de mümkündür (20).

İşte belediye meclislerinin kesin olduğu ileri sürülen kararları üzerindeki denetim de, bu yolla yerine getirilmektedir.

c- Eylem ve İşlemler Üzerindeki Denetim:

Belediye organlarının yalnızca kararları değil, değişik konulardaki eylem ve işlemleri de vesayet denetimi altında bulunur. Bu denetim türü daha çok teftiş şeklinde ortaya çıkar. Söz gelişi ilçelerde kaymakam, illerde ise vali, belediyeleri teftiş edebilir ve ilgililerden kimi önlemlerin alınmasını isteyebilirler (21).

Bunun dışında değişik yasalar, belediyelerin teftiş yöntemlerini düzenlemiştir:

a- Mülkiye müfettişleri hem belediyeleri hem de bağlı kurum ve kuruluşları teftiş etme yetkisine sahiptirler (3152 sayılı Kanun ve Mülkiye Teftiş Kurulu Tüzüğü).

b- Belediyeler ayrıca Sayıştay tarafından ikinci derecede denetlenebilmektedirler (832 sayılı Yasanın 8. geçici maddesi).

c- Keşif bedelleri belli bir meblağı aşan binalarda tesisatın proje ve keşifleri Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca incelenip onaylanmaktadır (3611 sayılı Yasanın 5. maddesi).

d- Maliye Bakanlığı Teftiş Kuruluna da belediyelerin işlem ve eylemlerini teftiş yetkisi tanınmıştır (2996 sayılı Yasanın 5. maddesi)

e- Belediyelerin taşıt satın alabilmesi ise, Bakanlar Kurulunun izni ile mümkündür (237 sayılı Yasanın 10. maddesi).

(20) Erdoğan, a.g. m., s. 36.

(21) Yayla, a.g.b., s. 6.

4- Mali Kaynaklar Üzerinde Denetim:

Yerel yönetimlere görevlenleri ile orantılı gelir kaynaklarının sağlanacağı. 1961 tarihli Anayasa'da olduğu gibi 1982 tarihli Anayasa'nın 127. maddesinde de yer almıştır. Başka bir deyişle, yerel yönetimlere mali kaynakların tahsis edilmesi, açık bir anayasa emridir (22).

Mali kaynaklar üzerinde denetim, bütçe, belediyenin öz gelirleri, belediyelere yapılan para yardımları (sübvansiyonlar) ve genel bütçeden ayrılan payların dağıtımını üzerinden gerçekleştirilir.

a- Bütçe ve Öz Gelir Kaynakları:

Bütçe, yerel yönetimlerin kendilerine düşen görevleri yerine getirebilmeleri açısından, son derece önem taşıyan bir ögedir. Ote yandan, halktan toplanan paraların belli bir planlama çerçevesinde, hizmetlerle harcamalar arasındaki denge korunarak kamu yararına sarfedilmesi gerekir ki, bunu sağlamak için dünyada mevcut her türlü siyasal rejimde mali kaynakların kullanılması, büyük bir titizlikle incelenir.

1580 Sayılı Yasanın 122. ve 123. maddeleri, belediye bütçelerinin o yerin en yüksek memurunca incelenerek, en geç bir hafta içinde onaylanmasını hüküm altına almışlardır. Vesayet yönetimi bütçeyi ya olduğu gibi onaylar ya da 123. maddede tek tek sayılmış bulunan 5 konuda değişiklik yaparak onaylar. Daha açık bir deyişle, vesayet yönetimin yasada sayılan alanlar dışında değişiklik yapması mümkün değildir. Bu 5 alan sırasıyla şunlardır:

- Bütçe kararname metninde bulunan ve yasalar ve tüzüklerle bağdaşmayan madde ve ibareler düzeltilir.

- Bütçeye konulmuş bulunan belediyenin toplamaya yetkili olmadığı gelirler silinir, tarifeler ya da yasal yetkiler aşılarak konulan ödenek ve gelirler, yasa tarafından belirlenen düzeye indirilir.

- Yapılması belediyenin görevlerine girmeyen hizmetler ve bunlara ilişkin harcamalar çıkarılır.

- Bütçeye konulmadığı görülen zorunlu giderlere ilişkin ödenek eklenir.

- Bütçeye konulan gelirler, zorunlu giderleri karşılamaya yetişmiyorsa, yasada belirlenen en yüksek düzeyden düşük olan belediye payı, vergi ve resimler yasanın belirlendiği en yüksek düzeye kadar usulen yükseltilir, bu da yetmezse, zorunlu olmayan giderlerden zorunlu olanlara ödenek aktarılır.

(22) San, Coşkun, Anayasa Değişikleri ve Anayasa Gelişmeleri, 2. Bası, Ankara 1981, s. 82 vd, geniş bilgi için bkz.

1580 sayılı yasa, çok önemli bir kalem olan bütçe dışında, 70. maddesinin 5. ve 8. fıkralarında, ayrıca 110. maddesinin 2. fıkrasında, belediyelerin borç alma ve borç vermeye ilişkin kararlarını, ücret tarifelerini ve ruhsat harçlarını onaylama yetkisini, o yerin en büyük mülkiye memuruna tanımıştır.

Ayrıca, havagazı ve taşıma gibi belediyece yerine getirilen hizmetlerin tarifeleri de 7347 sayılı Yasaya göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe girer.

Giderlere gelince, belediye bütçelerinden ödenecek aylık ve ücretlerin toplamı, yıllık gelirin % 30'unu aşamaz (1580 sayılı Yasa, Madde 117), ancak bu miktar gereksinime göre İçişleri Bakanlığının izni ile artırılabilir (23).

b- Yardım ve Krediler:

1580 sayılı Yasanın belediyelerin gelirlerine ilişkin 110. maddesinin 19. fıkrasında, belediyenin giderleri daha önceki fıkralarda yazılı gelirlerle karşılanmazsa, su, elektrik, mezbaha yapıları ile harita ve imar planı işlerini yapmak ya da mevcut olanları düzeltmek amacıyla ve vesayet yönetiminden onaylamak koşuluyla, belediye meclislerinin gereksinimin derecesine göre 4109 Sayılı Yasada (Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım) yazılı gelirleri toplanmasına karar verebilecekleri belirtilmiştir. Ancak 4109 Sayılı Yasanın 7. maddesindeki gelirleri toplamakta ya da 8. maddedeki fondan yardım görmekte olan belediyeler, bu gelirleri asker ailelerine yardım işinden başka amaca harcayamazlar. Nüfusu 50.000 den az olan belediyelerin su, elektrik, mezbaha, harita, imar plânı işlerine gelirleri yetmezse, 4109 Sayılı Yasanın 8. maddesindeki fondan belediyelere sırasıyla harita, imar plânı, su, elektrik, mezbaha ve kanalizasyon işleri için yardım yapılır.

Yerel yönetimlere ve bu arada belediyelere, imar işlerinde önemli mali kaynaklar sağlayan bir kuruluş da İller Bankasıdır. Bu banka yapısal yatırımları kolaylaştırmak, programların gerçekleştirilmesini desteklemek amacıyla, tüzükte belirtilen koşullarla yerel yönetimlere küçümsenmeyecek miktarlarda kredi vermektedir. Bunların dışında Genel Bütçede, Maliye Bakanlığının transferler bölümüne, belediyeler için borç, avans ve yardım kalemleri, gene İçişleri Bakanlığı bütçesine de belediyelere yardım ödeneği konmaktadır.

Kuşkusuz yardım ve krediler, belediyeler üzerindeki en etkili vesayet denetim araçlarıdır. Ne var ki, bu son derece etkili denetim yolunun güncel politik amaçlarla değil, kamu yararı yönünde kullanılması gerekir (24).

(23) Coşkun, a.g.e., s. 89-90, Erdoğan, a.g.m., s. 36

(24) Coşkun, a.g.e., s. 91-92

SONUÇ

Çağdaş anayasa hukuku ilkeleri ve özellikle hukuk devleti esası çerçevesinde, son derece istisnai durumlar dışında, hiçbir devlet işlevinin denetimsiz bırakılması, mümkün değildir. Ulusal egemenliğin temsilcisi parlamentolardan devlet başkanlarına, hükümetlerden mahkemelere kadar, her derecede ve düzeyde tüm organlar, kurum ve kuruluşlar, yasalarda gösterilen yollarla denetlenirler.

Bu açıdan bakılınca, belediyelerin denetlenmesini de yalnızca bir yetki değil, aynı zamanda kamusal bir görev olarak kabul etmek gerekir. Ne var ki, bu konuda ideal olan yargı denetimidir. Mali ve İdari Yargı yerleri, gündelik politikanın etkisi altında kalmak yönünden, hükümetlere, bakanlıklara ve merkez yönetiminin diğer organlarına oranla daha fazla güven verirler.

Ancak, yerel yönetimlerin ve özellikle belediyelerin de, kamuoyunda ve devlet organlarında, işlerini ehliyetle yaptıklarına, kamu yararına her şeyin üstünde tuttuklarına, halka en iyi şekilde hizmeti yalnızca sözle değil, eylemleri ile de götördüklerine ilişkin bir güven yaratmaları, vesayet denetimin yalnızca yargı denetimi biçimine dönüştürülebilmesi için vazgeçilmez bir koşuldur.

Son olarak özgürlük gibi özerkliğin de bir güvercine benzediğini, fazla gevşek bırakılırsa uçup gidebileceğini, çok sıkılırsa boğulabileceğini söylemek gerekir.



ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU

Prof. Dr. Zafer GÖREN

Yargıcın hukuksal durumu, mahkemelerin organizasyonu ve yargılamanın kurulması hukuk devletinin özünü oluşturur.

Salt tarafsız ve bağımsız mahkemelerin varlığı sonuçta yasalara uyulmasını ve adaletin hukuk devleti kavramı anlamında egemen olmasını sağlayabilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi temel öge olarak adalet düşüncesini içerdiği oranda fonksiyon yeteneğine sahip bir yargı istemektedir. (1)

Türkiye gibi erklerini ayıran bir hukuk devleti sistemine sahip olan F.Alman Anayasasının IX. Bölümünde ve Anayasamızın üçüncü kısmının 3. bölümünde "Yargı" erki düzenlenmiştir.

Ama bu bölümlerin dışında da F.Alman Anayasası ve Anayasamız mahkemelerin faaliyetine ilişkin kurallar içermektedir; Bunlar özellikle erkler ayırımı ilkesi (F.Anayasa Md. 20 F. II C. 2; T.C. Anayasası başlangıç 6. paragraf); hukuksal koruma va yargı yolu garantisi (F. Almanya Md. 19. F. IV; Md. I F. III; T.C. Anayasası Md. 36; Md. 40; Md. 125);

Temel haklarla doğrudan doğruya bağlılık (F. Anayasa Md. 1 F. III); Anayasanın bağlayıcılığı (T.C. Anayasası Md. 11) ve hukuk devleti ilkeleridir (F. Anayasa Md. 20 F.III; Md. 28 F.I C. I; T.C. Anayasası Md. 2) Ana kuralları F.Alman Anayasası Md. 92 (Yargı erki yargıçlara tevdi edilmiştir; Bu yetki, F.Anayasa Mahkemesi, bu Anayasada öngörülen Federal Mahkemeler ve Federe Devletler Mahkemeleri tarafından kullanılır.") ve T.C. Anayasası Md. 9 (Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.") ve Md. 140 F.I C.2 ("Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür") oluşturulmaktadır. Bu kurallar Anayasanın özgürlükçü hukuk devletinde yargı yetkisinin yüksek bir basamakta bulunması gerektiğini önemle vurgulamakta ve yargının yerini erklerini ayıran bir hukuk devleti sisteminde belirgin kıl-

(1) BVerfGE 36, 174/186; BVerfGE 51, 324/343 vd.

maktadır. (2)

Anayasamızın 36, 40 ve 125. Md.lerinin işlevini F.Alman Anayasası Md. 19 F. IV karşılamakta ve bu madde temel haklara ilişkin ana garantiyi içermektedir:

"Kamu gücü tarafından hakları zedelenen kişiye yargı yolu açıktır. Başka bir yetki kurulmadığı sürece adli yolu tanınmıştır."

Bu koruma garantisinin yanında, 1969 den beri F.Anayasada yer alan ve aynı şekilde hukuk devleti ilkesinin Alman hukukuna özgü bir mükemmelleştirilmesini oluşturan (3) Anayasa Şikayeti (Md. 93 F.I Nr. 4a) bulunmaktadır.

Anayasa şikayeti, birey bakımından Anayasa Mahkemeside en ilgi çekici yargılanmayı oluşturmaktadır.

F.Alman Anayasasının başında yer alan insan onuruna, dokunmaz devredilmez insan haklarına bağlılık isteği Anayasanın 1-19. Maddelerinde yer alan temel haklarla somutlaştırılmıştır.

Temel haklar tüm devlet organları için doğrudan doğruya bağlayıcı güçtedirler ve devlet organlarınca temel haklara uyulmasını güven altına almak ve tek elden yorumlanmalarını sağlamak için "Anayasa Şikayeti" yaratılmıştır. (4)

Türk Anayasa hukukuna yabancı olan A.Ş. F. Almanya dışında İspanya, Portekiz, Meksika, Arjantin, Kolombiya (5) Avusturya ve İsviçre hukuk düzenlerinde uygulanmaktadır. İsviçre'de devlet hukukuna ilişkin şikayet özel bir önem taşımaktadır. Bununla vatandaşın anayasal haklarında, kantonların yasama işlemlerinin ya da yürütme ve mahkemelerin son merci kararlarının yol açtığı bir zedelenmeyi dava konusu yapabilir. Somut temel hak garantilerini eksikliği nedeniyle denetim, Anayasa altı hukukun açık bir biçimdeki keyfi yorumlarını da kapsamaktadır. (7)

(2) Heyde W., Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Verfassungsrechts Hrg. Benda E., Maihofer W., Vogel H.J. de Gruyter, Berlin-Newyork, 1980; s. 1199 vd.

(3) Herzog in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 20-Rechstaatlichkeit 1980, KN. 27; Hyde W., Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, s. 1200, (DN.2)

(4) Amdt/Rudolf, Öffentliches Recht, 4.B., verlag Vahlen, Vahlen 1983, 5.60., Anayasa şikayeti için bundan böyle "A.Ş." kısaltması kullanılacaktır.

(5) J.A. Barberies Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Bd. II, s. 46.

(6) Doehring K., Allgemeine Staatslehre, C.F. Müller, S. 204 KN. 512-513.

(7) Simon H., Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Verfassungsrecht (DN. 2)

F. Alman Anayasası Md. 93 F.II: ("F. Alman Anayasa Mahkemesi bundan başka Federal yasa ile öngürülen durumlarda görev yapar") hükmü ile yasa koyucu A.Ş.ni öngörme olanağını saklı tutmuştu. Yasa koyucu Federal Anayasa Mahkemesi yasasının 12.03.1951 tarihli ilk metnini kaleme alırken (BGBL I, 243) tartışmalı bir yasama prosedürü sonucu kendisine tanınmış olan yetkiyi kullandı.

A.Ş. henüz F.Anayasa Mahkemesinin yetkilerini içerin Federal Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 13 içinde yer almıyor ve F.Anayasa Mahkemesi Prf. 13 Nr. 15 teki yakalayıcı genel prensip içinde değerlendiriliyordu. ("Anayasa 1/2 mahkemesi Anayasa'da belirtilen durumlarda ve bundan başka Federal yasa ile öngörülen durumlarda karar verir. (F.Anayasa Md. 93 F. II") ama F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 90-96 hükümleri bu yargılamay ilişkin düzenlemeler içeriyorlardı. Böylece F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 90 vd. ile A.Ş. kurumu ilk defa federal hukukça kabul edilmiş oldu. Şubat 1955 sonuna kadar 2368 A.Ş. başvurusu yapıldı. 1381 şikayet bu tarihe kadar mahkemece çözümlendi. 29.1.1969 tarihli (BGBL I. 97) Anayasa değişikliği hakkındaki 19. yasa ile A.Ş.leri ilk defa ve açıkça Anayasa metnine Md. 93 I de Nr 4a ve 4b olarak alındı.

Böylece A.Ş.nin tarihsel gelişiminde herdefasında tekrarlanan A.Ş.nin Anayasa hukuksal bir zorunluluk olmadan yasa koyucu tarafından tanındığı ve bu nedenle her an yasa koyucu tarafından sınırlandırabileceği argümanı değerini yitirmiş oldu ve yasa koyucu A.Ş ni değiştirmek ve ortadan kaldırmak yetkisine son verilmiş oldu. (Krş. BVerfGE 24,33 vd) Ancak A.Ş. F.Anayasa Md. 79 F. III un koruyucu etkisine dahil değildir. Yani A.Ş nin anayasal garantisi bir Anayasa değişikliği ile sınırlandırılabilir. (8)

Halihazırda F.Alman Anayasası Md. 93 F.I Nr. 4a F.Alman Anayasa Mahkemesinin A.Ş. konusundaki yetkisinin temelini oluşturmakta ve şikayetin kabulü için temel koşulları belirlemektedir. Yargılamanın ayrıntıları ve öteki kabul ya da dava koşulları F.Anayasa Md. 94. II (: "Bir Federal yasa F.Anayasa Mahkemesinin teşkilatını ve yargılamayı düzenler ve kararların hangi durumlarda yasa gücüne sahip olacağını belirler. Yasa A.Ş leri için yargı yolunun önceden tüketilmiş olmasını şart koşabilir ve özel kabul yönktemi öngörebilir.")

(8) Pestalozza C., 'Verfassungsprozessrecht 3 B. Verlag CH Beck München, 1991, s. 160 vd; Krş. Zacher, Festgabe Z.25 Jahr. Bestehen des BVerfG, Bd (1976) s. 411; Maunz Th., Schmidt Bibt-räu B., Klein F. Ulsamer G., Bundesverfassungsgericht sgeetz, 1989 CH. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München s. 12 a, KN. 7.

ye dayanarak çıkarılan F.Anayasa Mahkemesi Yasasında (Prf. 90-95) düzenlenmiştir.

F.Alman Anayasası (9) Almanya'nın önceki yasalarına ve diğer devlet Anayasalarına oranla güçlü bir Anayasa yargısı oluşturmuştur. Böyle Anayasamın üstünlüğü kapsamlı olarak sağlanmış olmaktadır. (10)

A.Ş. ile F.A bireylere özel olarak temel hakların üstünlüğünü geçerli kılmak olanağını sağlamıştır. Bu olgu Alman Anayasa tarihi bakımından da bir yeniliktir; Weimar Anayasası Md. 19 un içerdiği Anayasa yargısı vatandaşın devlete karşı ileri sürebileceği hukuksal çareleri kapsamıyordu.

A.Ş. bireyin Anayasa Mahkemesinde bir dava açabileceği tek yoldur. Bu nedenle F.A. Md. 19 F. IV te garanti edilmiş olan bireysel hukuksal korumayı gerçekleştirme açısından bir "yardımcılık" fonksiyonu üstlenmektedir. F.A. Md.93 F.I Nr. 4a ve FAMY Prf. 90 a ya göre A.Ş., şikayetçinin kamu gücü tarafından temel haklarının veya F.A. F.IV, Md.20,33,38,101,103 ve 104 maddelerinde yer alan haklarının direnme hakkı (Md. 20 IV); vatandaşlık hakları bakımından Almanların eşitliği (Md 33); Seçim İlkeleri (Md. 38); istisnai mahkemelerin kurulması yasağı, yasal yargıç ilkesi (Md. 101); yasaya uygun dinlenilme hakkı; Nulla poena sine lege; ne bis in idem (Md. 103) özgürlüklerin kısıtlanmasında hakların güvencesi (Md. 104) zedenlendiği iddiasına dayandırılır.

Şu halde A.Ş. subjektif hakların bütününe korumak istememektedir. A.Ş., F.A. Md. 19 IV ün tamamlayıcısı değildir. Aksine A.Ş yasaların mahkeme kararlarının da şikayet konusu olabilmeleri nedeniyle onu aşar.

Bunla birlikte Md. 19 IV ile A.Ş arasında F.Anayasa Mahkemesinin A.Ş için "olağan üstü" tanımlaması ile karşılaşmak istediği belli bir rekabet vardır. (BVerfGE 57, 170)

Anayasanın temel hakları ve temel hak benzerleri hakları aracılığı ile garanti edildiği oranda A.Ş. bireyin gerçek temel hak alanını korur. (11)

Buna göre A.Ş. Adli mahkemelerde ve idari mahkemelerdeki yargılamaya için ek bir hukuksal çare olmayıp olağan üstü bir hukuksal çaredir. (12)

(9) Bundan böyle F.Anayasa mahkemesi için "FAMY"ı F.Alman Anayasası için "F.A." kısaltılması kullanılacaktır.

(10) Piero B./Schlink, B., Grundrechte, Staatsrecht. II 2. B, CH Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1986, s. 286.

(11) Maunz Th., Staatsrecht 20 B., S. 298 vd.

(12) BVerfGE 18, 325; 49 257. 170

Temel hak zedelenmesinin Anayasa Mahkemesine başvurmadan kaldırılmasını sağlamak için şikayetçinin kullanımına bir yol açıksa A.Ş. kabule uygun değildir. (13)

A.Ş. yalnız vatandaşa, temel haklarının ve buna eşit kılınmış hakların yargısal yoldan geçerli kılınması için tanınmış özel bir hukuksal koruma aracıdır. (14)

Temel haklar onun aracılığı ile bireyin kullanabileceği bununla beraber Anayasaya özgü ve Anayasa yargısal bir yaptırıma kavuşurlar. (15)

Bireye yasama, yargı ve yürütme karşısında anayasal haklarının garantisini sağlar ve böylece demokrasinin temel ögesi olan kişi özgürlüğünün devlete karşı diretilmesi olgusunun savunucusu ve süjesi olma bilincini güçlendirir. (16)

A.Ş. nin Anayasaya uygun olarak garanti edilen temel hakların ve temel hak benzerlerinin zedelenmesi halinde hukuk yaşamındaki önemi ve spesifik hukuksal aracı olarak niteliği en geniş boyutla kabul edilmektedir. (17)

Zaten Anayasa içinde kurula bağlanmakla, bu önem özel olarak belirlenmiştir. (18)

Bu olgudan şu sonuç çıkarılmalıdır:

F.Anayasa Mahkemesi salt Anayasa hukuksal düzeni açıklığa kavuşturmak, netleştirmek ve siyasal organlar arasındaki anayasal uyumsuzluklar konusunda karar vermek için değil aynı ölçüde vatandaşların temel haklarının korunması için de yetkilendirilmiştir. (19)

A.Ş nin konusu temel hak zedelenmesinin objektif oluşu yeterlidir. Kusura olması gerekmez. (20)

Böylece Anayasa şikayeti, Anayasa dokunulmazlığı garantisinin temel bir ögesini oluşturmaktadır. (21)

(13) Krş. BVerfGE 33, 247 (258); 51, 130, 63, 45 (58); 68, 376 (380)

(14) BVerfGE 1, 4 (5).

(15) Friesenhahn E., Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht Grundgesetz Festg. z. 25 Jahr, Bestehen des BVerfGE, Bd. I. 1976, s. 790 Zacher, Festgabe, S. 397 vd (DN.8).

(16) Seuffert W. Die Verfassungsbeschwerde, Das Bundesverfassungsgericht 1971, sb. 159 vd.

(17) BVerfGE 1, 6; 97; 4, 311; 14, 29.

(18) Md. 93 F. I Nr. 4a '29. 1 1969 t.li)

(19) Roemer V., Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, JZ 1951 s. 1951 s. 193 (199)

(20) BVerfGE 20, 198.

(21) BVerfGE 58. 177

Ama Anayasa yargısı çerçevesinde bir hukuksal çare olarak A.Ş. sadece birerin negatif statü haklarının korunmasına değil siyasal haklarının geçerli kılınmasına (22) ve F.A.Md.20F.IV,Md.33,101,103 ve 104 de düzenlenmiş olan belli temel hak benzeri haklarının korunmasına da aynı ölçüde hizmet eder. (23)

Bunun ötesinde A.Ş.nin Anayasal hukuksal önemi, kamu gücünün tüm işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde belirir. (24)

"Spesifik nitelikte bir hukuksal çare" olmayıp (25) hukukun tüm alanları içi objektif bir değer düzeni oluşturan temel hakların içeriğinin açıklanması ve her türlü devlet gücünün denetimi amacına da yöneliktir. (26)

Onun varlığı, devlet iktidarını, kullanılmasını bireyin harekete geçirdiği, temel hak kriterine uygun bir denetime tabi kılar ve bireyin toplumdaki statüsü için odak noktasını oluşturan bu hukuk alanını canlı tutar. (27)

Demek ki, A.Ş. hukuksal kurumunun kapsamlı bir değerlendirilmesi söz konusu olduğunda sadece bireysel içerikli hukuksal koruma bakış açısından onun hukuk alanındaki statüsünün incelenmesi yeterli değildir.

A.Ş nin anlamı ve amacı aynı zamanda objektif Anayasa Hukukunun korunması, yorumu ve geliştirilmesinde belirlemektedir. Öyle ki A.Ş. aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir objektif koruma aracı durumuna gelir ve F.Anayasa Mahkemesinin yetkisinin özünü ve Anayasa dokunulmazlığının garantisini oluşturur. (28)

Böylece Anayasa Mahkemesine ait olan yetkinin genel sisteminde A.Ş., Anayasanın, Anayasaya uygun düzeni gerçekleştirmek için belli haklara verdiği özel önemin anlatımıdır.

Bu hukuksal çarenin mahkeme kararlarına karşı kabul edilmesi, somut hukuksal bir uyuşmazlık konusunda karar verirken sadece Anayasaya uygun hukukun temel oluşturmaya amacına hizmet eder. Bu yönde A.Ş. nin fonksiyonu F.A. F.1 Md.100 deki somut norm denetimin fonksiyonu ile uyum sağlar (29)

(22) BVerfGE 4,27 (30; 34. 97. vd)

(23) BVerfGE 17, 252 vd.

(24) Bay VerGHE n. F. BD. 311, s. 67

(25) BVerfGE 4, 27/30

(26) BVerfGE 7. 198 vd.

(27) Lechner H. Die Grundrechte Bd. III s. 669; Zuck R. Die Verfassungsbeschwerde, München 1973. s. 3 vd.

(28) Huber H., Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954, Schriften der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 9, s. 14 vd.

(29) BVerfGE 42, 42/49 vd.

A.Ş. şu halde yalnız Anayasaca garanti edilen bireysel hukuksal çare olmayıp **"popular"** bir dava oluşturmadan objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir hukuksal koruma aracıdır. (30)

A.Ş. nin objektif belirtisi FAMY Prf. 93'a daki düzenlemede açıkça görülmektedir.

Buna göre A.Ş.nin henüz ön denetim sürecinde **temel anayasa hukuksal bir önem taşıması** ya da bu konuda bir karar vermekten çekinildiğinde **şikayetçi için özel bir zararın doğması** durumunda kabule uygun görülmeyecektir. (Objektif ve subjektif bakış açıları kombinasyonu.) (31)

Böylece A.Ş. temel hak kataloğu dışında bulunan her hakkın da iddia edilebilirdiği "popular dava" haline getirilmiş olmaz. (32)

Herşeyden önce şikayetçinin zarar görmüş olması gereklidir.

Bavyera hukukuna göre popular şikayette bizzat zarar görmüş olma önem taşımaz. (33)

F.A.Md.93 F.I Nr.4a ve FAMY Prf.90 F.I o kadar net bir şekilde temel haklar ve Anayasa Md.20 F.IV,33,38,101,103,104 deki temel hak benzerlerini esas almıştır ki A.Ş.nde başka haklara örneğin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesindeki haklara dayanmak mümkün değildir. (34)

A.Ş. geleneksel anlamda bir yargı yolu değildir. Bir süper temyiz yolu da değildir. (35)

Temel hakları savunulmasına yönelik özel hukuksal çare olarak ne bir geçiş etkisine-yani davanın bir üst mercie geçmesi-ne durdurucu etkiye-yani maddi ve şekli anlamda kesin hükmün gerçekleşmesinin engellenmesi-sahip değildir.

Kaldiki mutlaka bir **muhakemenin** ve mahkeme kararının varlığını da şart koşmaz.

A.Ş. maddi ve şekli yasalara (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı)

(30) BVerfGE 33, 247 (259); 45, 74; 5, 139 BVerfGE 74, 31.

(31) Krş. BVerfGE 74. 91; Maunz Th., Schmidt Bleibtreu B.Klein F., Ulsamer G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1989 CH. Becksche Verlagsbuchhandlung München s. 31 Kn 17 (DN 8)

(32) BVerfGE 10,27.274

(33) Spanner H. Die Beschwerdebefugnis bei Verfassungsbeschwerde, Bundesverfassungsgericht u. Grundgesetz, Festgabe z. 25. Jahrgen Bestehen des BVerfGE., Bd. I (1976) s. 375 vd

(34) BVerfGE 10,274;34 395; NJW 1977, s. 1960; 41. 149; 64, 157.

(35) F. Anayasa Mahkemesinin değişmeyen içtihadı.

icra gücünün ve mahkemelerin faaliyetine-burada sadece spesfik Anayasa hukukunun zedelenmesi halinde-karşı kabul edilmiştir. (36)

F.Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı A.Ş. geçerli değildir. Aynı şekilde F.Alman Anayasa Mahkemesinin yasa gücünde bir kararı ile geçerliliğine hükmedilmiş olan bir yasaya karşı da kabul edilemez. (37)

A.Ş. idari davadan temel hakların ve temel hak benzerlerinin zedelenmesi halinde sözkonusu olması niteliğiyle ayrılır. Onun harekete geçirici fonksiyonu idari yargınınunkine benzemekle birlikte A.Ş. daima bir bütün oluşturan Anayasal yargısının bir parçası olarak kalır (38)

Buradan aynı zamanda A.Ş nin üstlendiği fonksiyonun bir temel sınırı ortaya çıkar.

A.Ş. yargılanmasında sadece kamu gücü alanında temel hakların koruma etkisi denetlenebilir ve bununla temel hakların değer içeriği belirgin kılınabilir. Buna karşılık F.Anayasa Mahkemesi mahkemeler karşısında revizyon veya süpervizyon merci olarak harekette bulunma konusunda görevlendirilemez. (39)

Vatandaş kural olarak yasa koyucunun hareketi konusunda A.Ş. ile takip edilebilen bir hakka sahip değildir. (40)

A.Ş. diğer mahkemeler önündeki yargılamada ek bir hukuksal çare de değildir. A.Ş. münhasıran temel hakların ya da temel hak benzerlerinin geçerli kılınmasına yönelik özel bir hukuksal koruma aracıdır.

Daima Anayasa ve FMY kurallarının özellikle gözönünde tutulmasıyla somut bir durumda A.Ş. ile takip edilebilen ve Anayasa Mahkemesinin yetkisi içinde bulunan bir hakkın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. (41)

FAMY Prf. 95, A.Ş. nin kural olarak sadece bir kararın veya idari işlemin kaldırılması veya bir yasanın iptalini hedeflediğini göstermektedir. Bununla birlikte F.Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre belli durumlarda bir ihmâl de A.Ş nin korunması olabilir. Tazminat isteklerinin Anayasal Anayasa Şikayeti yoluyla iddiası mümkün değildir. (42)

(36) Maunz Th., Komm., S. 32 KN. 17 (DN.8)

(37) BVerfGE 1. 89 vd.

(38) Maunz Th., Komm, S. 32 a Trb 17 (DN. 8)

(39) BVerfGE 7, 198 (207) 35, 311 (316 vd) ve devamlı içtihat.

(40) BVerfGE 56,54 vd. çünkü F. Anayasa Mahkemesinin norm koyma yetkisi yoktur. (BVerfGE I, 97 vd, 2, 291; 6, 257 (265 vd.)

(41) Wintrich J., BayVBL, 1956 s. 132.

(42) BVerfGe I, 3 vd; 2, 287,291/292.

A.Ş. nin diğer yargı yolları yanında seçimlik olarak yer alması ya da öngürülmüş başka yargı yollarının basitleştirilmesini ya da saptırılmasını sağlaması mümkün değildir. (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı) A.Ş Anayasa Mahkemesinin önünde diğer tüm yargılamalardan tam anlamıyla bağımsız oluşu ile karakterize edilen tümenden yeni bir yargılama olanağı açan, F.Anayasa Hukuku çerçevesinde garanti edilmiş özel bir hukuksal çaredir.

A.Ş. konusunda yargılama iki taraf arasında ileri sürülen ve niza konusu hakkın tartışıldığı geleneksel anlamda bir hukuksal uyumsuzluk değildir. (43)

Bununla birlikte A.Ş. ile daima bir temel hak veya temel hak benzeri iddia edilir. Öyle ki F.Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yerinde olarak vatandaşın devlete karşı "**spesifik bir hukuksal çaresi**" olarak karakterize edilmektedir. (F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı) A.Ş. FAMY Prf.90 da anılan hakların zedelenmesi sözkonusu olduğunda, yasama, yürütme ve yargı görevinin tüm işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimini sağlamak zorundadır. (44)

A.Ş nin sonuçta en temelli özelliği onun yardımcılık özelliğidir.

A.Ş. ne mutad olarak ancak yargı yolunun tüketilmesinden sonra **nisbi yardımcılık**- başvurulabilir. A.Ş., F.Alman hukuk sisteminin kapsamlı hukuksal koruması gözönünde tutularak başka yargı yollarının yanında seçimlik bir hukuksal çare garanti etmemekte, ancak mutad usul hukuku olanaklarının tüketilmiş olmasına karşın bir temel hak zedelenmesinin önlenmesi için gerekli olduğunda kabul edilmektedir. (45)

A.Ş nin temelde yardımcılık niteliği onu, kural olarak yargı yolunun tüketilmiş olmasına bağlanmayan diğer her türlü yargı yolundan ayırır. (46)

Bir başka özellik Anayasa yargısal şikayet prosedürünün çelişik olmayan yapılanmasında belirlenmektedir. (47)

A.Ş geleneksel anlamda dava tarafları tanımaz (48)

(43) BVerfGE, I 74 (75)

(44) BVerfGE 7, (207)= değişmeyen içtihad.

(45) F.Anayasa Mahkemesinin devamlı içtihadı.

(46) Zacher H.F., Die selektion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwertigen Betroffenheit des Bf., Bundesverfassungsgericht u. Grunagesetz, Festgabe, 2.25 Jahr. Bestehen des BVerfG Bd. I (1976) s. 402 vd.

(47) Geiger W., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, Kommentar, Berlin 1952. Vorb. zu. Prf. 90 Anm. 4. S. 274

(48) BVerfGe 7, 106

Bununla birlikte FAMY,Prf.94 ile Anayasa organlarının A.Ş yargılanmasında davaya katılanın statüsüne sahip olabileceği belirlenmiştir. (49)

F.Anayasa Mahkemesinin bir çok kararı gösterdiği gibi Anayasa yargısında A.Ş.nin önemi büyüktür. A.Ş. Anayasa Mahkemesine temel hak yorumun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak görüş bildirmesi olanağını vermekte ve bununla aynı zamanda kamu gücü taşıyıcısının uygulanmasında Anayasanın daha güçlü bir şekilde güncelleştirilmesine katkıda bulunmaktadır. (50)

Temel hakların ve temel hak benzeri hakların özel hukuksal koruma aracı olarak vatandaşa devlet gücünün temel hak zedeleyici müdahalelerini savuşturma olanağı sağlanmıştır. FAMY,ni değiştiren tüm yasalar A.Ş. ni yasada korumuşlardır. (51)

Bununla beraber F.Anayasa Mahkemesinin çalışmasını, sadece yüksek mahkeme tarafından bir karar vermeye lâyık A.Ş. leri üzerinde yoğunlaştırmasını sağlayıcı özel bir denetim usulü kabul edilmiştir. (52)

A.Ş. varolduğundan bu yana daima öğretilde olumlu ama eleştireci araştırmaların konusu olmuştur.

F. Anayasa Mahkemesine yapılan A.Ş. başvurularının çokluğu buna karşılık başarı oranının düşüklüğü düşündürücüdür. (53)

Ayrıca sık sık eleştiri konusu olan F.Anayasa Mahkemesinde yargılanmanın uzun sürmesi, çoğunlukla, "mızımız" başvuru sahiplerinin neden oldukları A.Ş.leri akınından kaynaklanmaktadır. (54)

A.Ş. nin mantıksal olarak kesinlikle Anayasa yargısı bünyesine uymadığı açık olmakla birlikte onun vatandaşı Anayasa ile canlı bir ilişkiye soktuğu Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunduğu unutulmamalıdır. (55)

Yasa koruyu 1956, 1963,70,71,85 reformlarında F.Anayasa Mahkemesi ile uyum içinde A.Ş.lerin kötüye kullanılmasını önlemek için olabildiğince amaca uygun bir A.Ş. yargılaması oluşturmaya göstermiştir. (56)

(49) Maunz Th., Komm., S. 32 d. Kn. 18 (DN 8)

(50) Roemer W., Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht JZ 1951 s. 193; Zweigert K., Die Verfassungsgeschichte JZ 1952 s. 321

(51) 21.71.1956 BGBl. I S. 662 3. 8. 1963 BGBl. I. S. 589; 12.12.1970 BGBl I. S. 1765 ve 12.12.1985 BGBl I. S. 2226

(52) Zacher H.F., Fesg., S. 410 vd. (DN 46)

(53) Zacher H.F., Fesg., S. 399 (DN. 46)

(54) Freisenhanhn E., Festgabe S. 167 (DN 15); Zacher H.F., Festgabe S. 399 (DN 46)

(55) Maunz Th. Komm, S. 32'e KN 19 (DN 8)

(56) Zacher H.F., Fesgabe S. 40 (DN 46) ulsamer G., Neue gesetzliche Regelungen Zur Entlastung und Sicherung des Funktionsfähigkeit des BVerfG EUGRZ 1986 S. 110 vd.

A.Ş. lerinin ve norm denetimi davalarının sayısının gün geçtikçe artması F.Alman Anayasa Mahkemesinin yükünü her gün biraz daha artırmakta ve onun fonksiyon yeteneğini tehdit etmektedir. FAMY değiştiren 2.8.1993 tarihli 5. değişiklik yasası (57)

Mahkemenin A.Ş.lerini kabuldeki takdir serbestisini genişletmek için çare aramaya çalışmaktadır.

12.12.1985 tarihli son yük hafifletme çabasından beri (58)

A.Ş.lerin sayısı daha da artmıştır.

Kabule uygun olmayan ya da açıkca dayanaksız olan A.Ş.leri sabit olarak %97 de kalmıştır. Yeni yasa değişikliği hiç kimsenin bittiğine inanmadığı bir tartışmayı yeniden başlatmaktadır. Yasa değişikliği F.Alman Anayasa Mahkemesinin fonksiyon yeteneğini güven altına almak için yargılanmaya ilişkin bir dizi değişiklik ve kolaylık sunmaktadır.

Bunların merkezinde A.Ş. lerinin kabulü yönteminin yeniden düzenlenmesi yer almaktadır.

Bir yandan yargıç sayısını artırmak düşüncesinden ayrı bir ön denetim merci kabulünden kaçınmak istendiği için, diğer yandan A.Ş kurumu genel olarak tehlikeye düşürülmek istenmediği için ve bir Anayasa değişikliği olmadan da bu yapılmayacağı için F.Alman Anayasa Mahkemesine yönelik A.Ş.leri akını kabul yönteminin yeniden düzenlenmesi yoluyla frenlenmeğe çalışılmıştır. Bu amaca öncelikle F.Alman Anayasa Mahkemesine kabul konusunda karar vermek için takdir hakkı tanımakla ulaşılabileceği görüşüne varılmıştır.

Bugüne kadar olduğu gibi A.Ş. lerinin karar konusu haline gelmeleri için kabule ihtiyaçları vardır. (Prf 93.a FAMY)

Bugüne kadar geçerli olan Prf. 93.93 bII (eski metin) komisyonun karar konusu haline gelmesi için kabulü red nedenlerini içermektedir.

Prf. 93c C2 (eski metin) buna karşılık senato için kabul koşullarını belirlemektedir. Bu tür tarihsel gelişiminden kaynaklanan farklılıklar bundan böyle ortadan kaldırılmaktadır.

Yeni düzenlenmeye göre kabul koşulları Prf. 93'a F II FAMY temel kuralında yer almaktadır ve hem senato hem komisyon için aynı ölçüde geçerlidir.

(57) BGBL I, 1443/1444

(58) BGBL 1985 I. 2226,

(59) 1986:2935;1991:3907;1992:4214

Komisyonun mu yoksa senatonun mu karar vereceği konusundaki yetki sorunu FAMY Prf 93b ve c de düzenlenmiştir. Bu maddelere göre verilen kararlar için tamamlayıcı usul kurulları FAMY Prf. 93d de yer almaktadır.

Prf. 93a F.II FAMY ye göre;

"a) Eğer temel bir Anayasa hukuksal önem taşıyorsa

b) Eğer Prf. 90 I de (60) sayılan hakların geçerli kılınması için gerekli (uygun) ise A.Ş. karar konusu haline gelmesi için kabul edilmek zorundadır. Bu durum olay hakkında karar vermektan kaçınılması şikayetçi için özellikle ağır bir zarar doğurduğundan gerçekleştirilmiş sayılabilir."

Temel Anayasa hukuksal önem kavramı yargılama diline yabancı değildir. Bu kavram dar anlamda bir Anayasa hukuksal problemin çözümlenmesinin beklenip beklenmediğine yönelik olmayıp-ki bu soruya bununla ilgili içtihatların bulunması halinde kolaylıkla menfi cevap verilebilir-aksine F.Alman Anayasa Mahkemesi bugüne kadarki içtihadını değiştirmek istendiğinde ya da bir durumun dinginliğe kavuşması için mahkemenin kararı gerekli olduğu kabule izin vermektedir.

Koşulların bulunup bulunmadığı konusunda F.Alman Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmelidir. (61)

FAMY Prf. 93a II b esaslı bir yenilik içermektedir. Bu yenilik ile her ne kadar A.Ş.nin subjektif hukuksal koruma fonksiyonu amaçlanmakta ise de, bunun gerçekleşmesi tümünden bilinçli olarak F.Alman Anayasa Mahkemesinin değer yargısına bırakılmıştır. Bu durum mahkemeye takdir yaratmak amacıyla "gerekli (uygun)" ise teriminin seçiminde kendisini göstermektedir. (62)

a) Komisyon (63)

(60) Prf. 90 I: "Kamu gücü tarafından temel hakları ya da F.Alman Anayasası Md. 20 F. IV, Md. 33, 38, 101, 104 ün içerdiği haklarının zedelendiği iddiası ile herkes Anayasa Mahkemesinde "Anayasa Şikayetinde" bulunabilir.

(61) Klein E., Konzentration duch Entration duch Entlastung, NJW 46 Jg Herf. 33, S. 2075.

(62) Krş. BT-Dr 12/4842, S.12.

(63) FAMY Prf. 15 a: "Komisyonların görevlendirilmesi: Anayasa Şikayetlerinin bölüştürülmesi (1) Senatolar, bir iş yılının devamı süresince birden fazla komisyon görevlendirir. Her komisyon üç hakimden oluşur. Bir komisyon komisyonun oluşumu üç yıldan fazla değişmeden kalmaz. (2) Senato bir iş yılının başlangıcından önce bu yıl süresince Anayasa Şikayetlerinin raporları arasında dağılımı, (Prf. 93 a ve 93 b), komisyonların sayısı kuruluşu ve üyelerin temsil konularında karar verir."

Komisyondun senatoya (64) emsal oluşturacak ön karar veremeyeceği düşüncesini başka bir bakış açısı altında yetki dağılımına ilişkin kurallardan (Prf. 93b, 93c FAMY) anlaşılmalıdır.

Buna göre komisyon kabul koşulları gerçekleşmemişse (Prf.93aIIBVeGG) A.Ş.nin kabulünü redde yetkilidir. Oysa sadece Prf. 93c FAMY nin koşulları altında kabule yetkilidir. (65)

Bu nedenle komisyonun bir (A.Ş ni haklı bulmadan karar konusu haline gelmesi için kabul etmesi yani) senatonun yetkisine önceden karışması gerçekleşemez.

1986 dan beri geçerli olan uygulamaya göre komisyon A.Ş.lerini uygunda bulunabilmektedir. Bu uygulama yükten kurtarma amacıyla korunmuştur. (Prf.93b,II(eski metin))

Yasa değişikliği bu nedenle bu alternatifte ısrar etmektedir. Bugüne kadar komisyonun, önemli bir Anayasal hukuksal sorunun önceden F.Alman Anayasa Mahkemesi (Senato) tarafından açıklığa kavuşturulmuş olması nedeniyle açıkça haklı olan bir A.Ş.ni önemsiz bir olay sözkonusu olduğunda da kabul zorunda olduğu görüşü savunulmuştur.

Yeni metin şimdi daha kesin bir anlatıma kavuşturulmuştur. Yeni metine göre A.Ş.nin kabulünü de içeren yerinde bulma sadece anayasal soruna F.Mahkeme tarafından önceden karar verilmiş olmasına ve A.Ş.nin açıkça haklı olmasına değil FAMY Prf.93a II b (Bkz. KN.9 S.20) nin koşullarının gerçekleşmiş olmasına da bağlıdır. Bu kural ile "önemsiz olay" olgusu bundan böyle açıkça yasaklanmıştır. Bu güne kadar olduğu gibi komisyon Prf. 31 FAMY na uygun olarak yasa gücünde karar almak yetkisinden mahrum kılmıştır. (Prf. 93c.I FAMY A.Ş.nin yerinde bulmasının gerekçe yükümlülüğüne tabi olması hala devam etmektedir. (Prf. 30 I 2 FAMY))

(64) FAMY Prf. 2 "Senatolar

(1) F. Alman Anayasa Mahkemesi 2 senatodan oluşmaktadır.

(2) her senato içinde 8 hakim seçilir.

(3) her senatonun 3 hakimi Federal devletin en yüksek mahkemeleri hakimleri arasından seçilir. Bu hakimler sadece Federel devletin en yüksek bir mahkemesinde en az üç yıl çalışmış olmaları halinde seçilebilir.

(65) FAMY Prf. 93 c: (1) "Prf.. 93 a F. II b nin koşulları gerçekleşmişse ve anayasa Şikayetine ilişkin Anayasa hukuksal sorun konusunda daha önce F.Alman Mahkemesi tarafından karar verilmişse komisyon açık bir şekilde haklı olan Anayasa şikayetini uygun bulabilir. (yerinde bulabilir) Karar senatonun kararına eş değerdir. Bir yasanın Anayasa ile ya da bunun dışındaki Federal hukukla bağdaşmaz olduğu veya batıl olduğu yolundaki Prf. 31 F. II deki hukuksal sonuçla (yasa gücü) bir karar verme yetkisi senatoya ait olmakla devam eder."

Buna karşılık kabulün reddinin bundan böyle gerekçeye ihtiyacı yoktur. (Prf.93 d I)

Komisyon bugüne kadar olduğu gibi oybirliği ile ve duruşmasız karar vermektedir.

b) Komisyonun karar yetkisinin olmadığı veya bu yetkiyi kullanmadığı durumda senato karar verir. (Prf. 93 b C. 2 FAMY) A.Ş. nin FAMY Prf. 93 a II ya dayanılarak kabulü en az üç hakimin oyuyla mümkündür. (FAMY Prf. 93 d II)

Red kararı duruşmasız verilir ve bir gerekçeye ihtiyacı yoktur. (FAMY Prf. 93 d I)

En az üç hakim kabul konusunda anlaşılırsa A.Ş. nin geçerlilik ve haklılığına ilişkin olarak daha yakından tartışılmasına geçilecektir. Özel bir kabul kararı verilmez (66)

I. Usule Uygun Başvuru

FAMY Prf. 23 F. I e göre şikayet yazılı olarak yapılır. Şikayet için bir telgraf ta yeterli olabilir. (67)

A.Ş. nin gerekçeli yapılması gerekmektedir.

(FAMY Prf. 23 F.I C.2) (68)

FAMY Prf. 92 göre gerekçede zedelendiği iddia olunan hak ve şikayetçinin kendisini mağdur hissetmesine neden olan organ ya da makamın hareketi veya hareketsizliği (ihmal) tanımlanmalıdır. Ancak bundan zedelendiği iddia olunan hakkın Anayasa Madde, fıkra ve cümle numarası ile belirlenmesi zorunluluğu olduğu veya temel hak doğmatığı açısından açıkça belirlenmesi gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. İçeriğe göre tanımlama veya belirtme yeterli sayılmaktadır.

II. Katılma Ehliyeti

FAMY Prf. 90 F.I e "herkes" A.Ş. nde bulunabilir ya da A.Ş. yar-gılamasında katılan olabilir.

(66) Ayrıntılı bilgi için Bkz. Klein E., S. 2075 (DN 61) ve Zuck R., Der Zugang zum BVerfGE, NJW 46 Jg. Heft. 41, S. 2641-2704.

(67) BVerfGE 32, 365/368.

(68) Federal Anayasa Mahkemesine ilişkin yasa (FAMY) 12.12.1985 BGBL III 1104-1; Bkz. 10.8.1983 T. değişiklik: BGBL Jg. 1993 Teil I, Nr. 43, S. 1443-1444

Şu halde FAMY Prf. 91 de sayılan haklarından birin taşıyıcısı, kendisine ait olan bir temel hakka dayanabildiği oranda A.Ş. yoluna başvurulabilir. (BverfGE 35, 382/399, 63 197, 205) A.Ş. temel hakların ve temel hak benzeri hakların zedelenmesine ilişkin şikayeti içerdiği için, şikayetçi bakımından sadece temel haklarında veya temel hak benzeri haklarında zarar görmüş olma koşulu aranmaktadır. Katılma ehliyeti şu haldte temel hak sahipliği veya ehliyetine göre belirlenmektedir. (69) Kimin temel hak ehliyetine sahip olduğunu maddi Anayasa hukuku belirler.

Ancak temel hak taşıyıcısı olmakla, zedelendiği iddia olunan temel hakkın bizzat taşıyıcı olmak ayrı şeylerdir. Bu ikinci durum şikayet yetkisini ilgilendirmektedir. Öncelikle her doğal kişi temel hakka ehil ve bu nedenle davaya taraf olan kişidir.

Yaşam üzerindeki hak sözkonusu olduğunda embriyon (F.Alman Anayasası Md. 2 II) insan onuru sözkonusu olduğunda ölü (F.Anayasa Mdt. III) de temel hakka ehildir.

Tüzel kişilerin temel hak ehliyeti F.Anayasa Md.19 III e göre belirlenir. Bu madde ile ilgili temel hakkın bünyesine yollamada bulunmaktadır. F.Alman Anayasa Mahkemesi kuruluşun gerisinde, temel hakların onlar uğruna garantilediği doğal kişilerin bulunup bulunmadığını araştırmaktadır.

Temel haklar birinci planda insanların bireysel haklarıdır ve öncelikle onun özgürlük alanının korunmasına hizmet ederler. Bunun ötesinde bireyin devletin oluşumu ve yapılanmasına serbestçe katılımı garanti etmektedir.

Buna göre tüzel kişileri temel hakların koruma alanına dahil etmek ancak onların oluşumu ve faaliyeti doğal kişilerin kişiliklerinin serbestçe geliştirilmesinin bir ifadesi ise ve özellikle bu tedbir onların gerisindeki insanlar bakımından mantıklı ve gerekli görülüyorsa haklı çıkarılabilir. (BVerfGE 75, 192, 195 değişmeyen içtihat). Buna göre yerli tüzel kişiler temel hakka ehildirler. (Krş.BVerfGE 66, 116 (130); (195); 76, 83 (88))

Yerli kamu tüzel kişileri prensip olarak temel hak ehliyetine sahip değildirler. Ancak hukuk düzeninin onlara devrettiği görevlerden ötürü belli haklar tarafından korunan yaşam alanına dahil olmaları halinde (Üniversiteler F. Anayasa Md. III. I ve Radyo TV. kuruluşları Md. 5 I 2) ya da vatandaşların bireysel temel haklarının kullanımına hizmet etmeleri ve kendine özgü, devletten ba-

ğimsız, en azından ondan ayrı kuruluşlar olarak varolmaları halinde temel haklara ehildirler. (BVerfGE 75, 192 (196 vd.)

F.Alman Anayasa Mahkemesine göre belediyeler ve belediye kuruluşları kamu hukukunun yerel kuruluşlarıdır ve kurala uygun olarak temel haklara ehil taraf olmaya ehil değildirlerdir. (Krş. BVerfGE 61, 82 (101)

Buna rağmen özerkliğin (kendi kendini yönetim hakkının) zedelenmesi halinde (F.Anayasa Md. 28 II) yasayla kendilerine komünal Anayasa şikayetine sahip olmayan ya da kısmen sahip olan kuruluşlar belli koşullar altında aynı şekilde temel hak ehliyetine sahip ve bununla bağlantılı olarak dava tarafı olmaya ehildirler. Bu özel Hukuk ve Kamu Hukuku kuruluşları için geçerlidir. (BVerfGE 15,256/261 vd.-Fakülteler) BVerfGE,383 (391) vd.) değişmeyen içtihat) Medeni Hukukun hak ehliyetine sahip olmayan dernekleri olarak organize edilmiş olan siyasi partiler ve onun alt kuruluşları taraf olabilirler şikayet yetkilileri diğer şikayetçilerde olduğu gibi F.Anayasa Md.93 I.Nr 4a belirtilen hakları ileri sürmelerine bağlıdır. Medeni Usul Prf.50 Hak ehliyeti olmayan derneklere pasif taraf sıfatı tanırken siyasal partiler yasası Md. 3 bu kurala bir istisna getirerek siyasal partilere davanın aktif tarafı olma olanağı tanımaktadır.

III Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti davaya taraf olan kişinin dava işlemlerini geçerli olarak yapabilme, kabul etme ya da kendi belirlediği bir vekile yaptırabilme ve kabul ettirebilme ehliyetini ifade eder. (70) Yasal vekili tarafından adına şikayette bulunulmuş olmadıkça ya da dava doğrudan dava açma ehliyeti konusu olmadıkça dava ehliyetine sahip olmayan geçerli bir şikayette bulunamaz. (BVerfGE 19,323,329 vd. FAMY da dava ehliyetini açıkça düzenlemiştir. Diğer usul yasaları da medeni hakları kullanma ehliyetine yollamada bulunmuşlardır. (Krş. ZPO=Medeni Usul yasası Prf.51-58;VwGO=idari yargılama yasası Prf 62; FGO=Vergi yargılaması yasası Prf.58;566:Sosyal yargılama yasası Prf.71 Anayasa Mahkemesi yargılamasının kendine özgü niteliği nedeniyle diğer usul yasalarına örneğin Hukuk Usulü mahkemeleri yasasına başvurulması olanaksızdır. Burada iddia olunan temel hakka bakılır. İddia olunan temel hak medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayan yada sınırlı bir şekilde sahip olan kimseye

(70) Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14 B (1986) S. 240; Dava açma ehliyeti usul yasalarında ve mahkeme teşkilatı yasalarında düzenlenmiştir. Örneğin hukuk usulüne medeni hakları kullanma ehliyetine göre düzenlenmiştir. (Krş. Prf. 52 vd. ZPO: F. Alman medeni usul yasası; HMUK Md. 38 davaya ehliyet konusunda MK na yollama yapmaktadır. (MK. Md. 9 ve MK Md. 47)

aitse medeni hakları kullanma ehliyeti değil temel hak erginliği esas olacaktır. (Krs.BVerfGE 1,87)

Temel hak tarafından korunan özgürlük alanında bilinçli davranış konusunda ergin olarak görünen ve özellikle hukuk düzeni tarafından ergin olarak değerlendirilen şikayetçi davaya ehildir. (71)

IV. Şikayet Konusu

A.Ş.lerinin konusu kamu gücünün her türlü işlemi yasama, yürütme, yargı işlemleri olabilir. (Krs.FAMY Prf.94 F.I ve II) Şu halde F.Anayasa Md. I F.III e göre temel haklarla bağlı olan yasama, yürütme ve yargının işlemleri A.Ş.lerinin konusunu oluşturmaktadır. (72)

Demek ki A.Ş. F.Anayasa Md. 20 II ye göre haktan kaynaklanan ege-menliği özel organlar aracılığı ile kullanan üç devlet gücüne yöneliktir.

Buna karşılık F.A.Md. 19 F.IV anlamında kamu gücü kavramı bu maddede yürütme gücü ile sınırlaması nedeniyle A.Ş.'nde amaçlanandan daha dardır. (73)

F.Alman Anayasa Mahkemesi de temel haklarla bağlıdır.

Ancak F.Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının A.Ş. nin konusunu oluşturmayacağı açıktır. (74)

Kamu gücünün işlemleri sadece bir eylemi değil bir hareketsizliği (ihmali) de kapsamaktadır. (75)

Şikayetçi ancak yasa koyma yükümlülüğünün içerik ve kapsamını esaslı ölçüde belirleyen açık bir Anayasa direktifine dayanabiliyorsa kamu gücünün ihtimaline karşı A.Ş. geçerlidir. (76) Aynı olayda kamu gücünün birden fazla işlemi söz konusu ise; idari işlem, itiraz üzerine karar, İdare Yüksek Mahkemesi kararı gibi F.Anayasa Mahkemesi Şikayetçiye yalnız son merci kararına ya bu ek

(71) Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 287, Trb 1231, (DN. 10); Reşit olmayan kişilerde muhakeme yeteneği önem taşır. (Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Verlag CH Beck München 1992, S. 706, KN. 24); Akıl hastaları ve kısıtlıların konusunda karar verilen yargılamada, akıl hastaları ve kısıtlılar da dava ehliyetine sahiptirler. (BVerfGE 1, 1,87/89,10302/306,65,317/321); Tüzel kişilik davada sürekli organları tarafından tıpkı yasal temsilciler gibi temsil olunurlar.

Bu nedenle dava ehliyetine sahip olmadıkları tartışmalıdır. (Rosenberg/Schwab, ZPR, S. 248 (DN. 70)

(72) F. A. Md. I F. III: Aşağıdaki temel haklar yasama yürütme ve yargıya doğrudan geçerli hukuk olarak bağlarlar.

(73) F. A. Md. 19 F. IV. C. I: "Kamu gücü tarafından hakları zedelenen kişiye yargı yolu açıktır".

(74) Pieroth/Schlink, Grundrechte, S. 288, Kn. 1233 (KN. 10); BVerfGE 19, 88/90

(75) Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 337 vd.

(76) BVerfGE 18, 20,230,213

olarak başlangıç mahkemelerinin kararına veya bu işlemlerin temelinde yatan yürütme işlemlerine şikayet konusunda seçim hakkı tanımaktadır. (77)

Ancak böyle durumlarda herhalde tek bir A.Ş söz konusu olacaktır.

V.Şikayet Yetkisi

FAMY Prf. 90 F.1 e göre A.Ş. şikayetçinin, sadece temel haklarından birinin (ya da bu maddede sözü geçen temel hak benzeri haklarından birinin) zedelendiği iddia etmesi halinde kabule uygundur.

Bundan aşağıdaki kabule uygunluk koşulları ortaya çıkmaktadır.

Bu koşullar şikayet yetkisi bazen de "davayı yürütme yetkisi" kavramı altında özetlenebilir:

1. Bir Temel Hak zedelenmesi olasılığı

Bir Temel Hak zedelenmesinin ileri sürebilmesi için temel hak zedelenmesi konusunda subjektif bir duygu yeterli değildir. Diğer taraftan bir zedelenmenin gerçekten bulunup bulunmaması kabule uygun oluşun konusu olmayıp haklılık denetiminin konusudur. Bu nedenle FAMY Prf. 90 F.I de, idari yargılama yasası Prf. 42 II de olduğu gibi (WwGO) (78) bir temel hak zedelenmesi ihtimali aranmaktadır; diğer bir deyimle zedelenme olgusu baştan itibaren olanaksız olmamalarıdır. (79)

Baştan beri kişisel ya da nesnel koruma alanına dokunulmamışsa, saldırı olanaksızsa ya da Anayasal hukuksal haklılık açıkça ortada ise temel hak zedelenmesi olasılığı içerikli temel hak denetiminin tüm aşamalarında olumsuzdur.

Hangi noktaların kabule uygunluk, hangi noktaların haklılık denetiminde tartışılması gerekeceği konusunda genelde aşağıdaki değerlendirmeler yapılmalıdır;

Bir temel hakkın koruma alanının veya temel hakkın koruma alanına saldırısının reddi kolay ve çabuk gerekçelendirilebiliyorsa, bu durum A.Ş nin kabule uygun görülmemesine neden olmaktadır. Koruma alanının veya saldırının reddi detaylı bir gerekçe gerekiyorsa bu tartışma haklılık çerçevesi içinde yapılmaktadır.

(77) BVerfGE 19, 377/398; 54, 53/ 64 vd.

(78) Verwaltungsgerichtsordnung 21.13071960 (BGBl. III 340-1)

(79) Krş. BVerfGE 6, 445/447; 28, 17/19; 52, 303/327.

Koruma alanına saldırının kabulü hemen daima şikayet yetkisinin kabulü sonucuna götürür. (80)

Örnekler:

Almanlara tanınmış bir temel hakka dayanan bir yabancımanın şikayet yetkisi yoktur. Silahlı olarak toplanamadığı için temel hakkının zedelendiğini iddia eden şikayetçinin şikayet yetkisi yoktur.

Temel hakların özel hukuktaki önemi de bir şikayet yetkisi sorunudur. Temel hakların özel hukuka doğrudan ve dolaylı etkisinin kabul edilmesi durumunda hukuk mahkemeleri kararları ile temel hakların kişileri de bağladığına ilişkin kural nedeniyle bu durum söz konusu olmaz)

Kamu gücünün bir davranışı kesinlikle düzenleyici bir içeriğe sahip değilse ve kesinlikle dış etkiler doğurmuyorsa şikayet yetkisi veya şikayet reddedilir.

Burada bir temel hak saldırısı olasılığı ve bu nedenle bir temel hak zedelenmesi de kabul edilemez.

Örnekler:

Hukuksal duruma ilişkin düşünce açıklamaları (81)

Varlıkların durumuna ilişkin düşünce açıklamaları (82) düzenleyici içeriğe sahip değildir.

Kurum içi başvurular (83)

Henüz yürürlüğe girmemiş yasalar (84)

Mahkemelerin salt karar tasarılar;

Tüm hakimler tarafından henüz imzalanmamış kararlar (85) ın dışarıya etkileri yoktur.

Bunun dışında bir saldırı olasılığı çeşitli noktalardan tartışılabilir:

Gerçekten bir saldırı var mıdır?

Doğrudan şikayetçiye mi, başka bir kişiye mi zarar verilmiştir.

Şikayetçiye şimdi zarar vermekte midir?

(80) Pieroth-Schlink, Grundrechte, S. 289 Kn. 1239 (DN 10)

(81) BVerfGe 37-56/61

(82) BVerfGe 33,18/21 vd

(83) BVerfGe 20, 162/172

(84) BVerfGe II, 339/342

(85) BVerfGe: NJW, 1985,788.

Şikayetçiye zarar veren saldırıyı ilk ortaya çıkan mı yoksa başka bir işlem mi oluşturmaktadır?

Bu sorunları F.Alman Anayasa Mahkemesi, şikayetçinin "kendisinin şimdi ve doğrudan doğruya zarar görmüş olmadığı" formülüne göre cevaplandırmaya çalışmaktadır (86)

Hernekadar Anayasa Mahkemesi bu formülü yasalara yönelik A.Ş leri için geliştirilmişse de bu formül dava konusu yapılan olaya göre kamu gücünün tüm işlemlerine uygulanabilir niteliktedir. (87)

Şikayetçinin kendisinin şimdi ve doğrudan etkilenmiş olmasının bireye yönelik işlemlerinde bir idari işlem ve bir mahkeme kararı gibi bir problem doğurmayacağı açıktır.

2. Kendi Temel Haklarında Zarar Görmüş Olma

Şikayetçi kendi temel haklarında zarara uğramış olmalıdır.

Böylece "popüler şikayet" yolu kapatılmıştır. (88)

A.Ş. yoluyla bir kişinin yabancı hakları kendi adına ileri sürmesi de olanaksızdır. (ProzeBstandschaft) (89)

Örnekler:

Bir dernek üyelerinin,

Tüzüğünde mevcut olsa bile bir şirket ortaklarının haklarını ileri süremez. (90) Bir gayrimenkulu satın alan önceki malikin A.Ş. ne katılamaz (BVerfGE 56 296/297) Mirasçılar kişiye bağlı haklar değil (BVerfGE 12,311/315) mali haklar sözkonusu olduğu sürece yargılamayı sürdürebilir. (91)

Salt kamu gücü işleminin muhatabı olması durumunda şikayetçinin zarar gören olarak kabul edilebilmesi koşul değildir. Ancak işlemin üçüncü bir kişiye yönelik olması durumunda bizzat zarar görmüş olma koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, şikayetçinin temel hak pozisyonu ile işlem arasında yeterli derecede yakın bir bağlantı olmalıdır.

(86) BVerfGE 1, 97, 101 vd, (o tarihten beri değişmeyen içtihat)

(87) Pestalozza C., VerfassungspozeBrecht, S. 10. (DN 8)

(88) Popüler dava , kendi haklarının zedelenmesi gerekmeden bir kişinin bir yasanın Anayasa aykırılığını belirlemesine ilişkin dava (Halk davası), Krş. BVerfGE 13,1/9

(89) BVerfGE 25, 256/363,72 122/131; Krş. BVerfGE 56, 296/297; Pieroth-Schlink, S. 290, KN. 1245 (DN.10).

(90) BVerfGE 32, 275/280; BVerfGE 50, 290/320 vd; BVerfGE 27, 326/333; 31, 275/280 35, 348/352.

(91) BVerfGE 36, 102/ 112; 39, 169/185;69,188/201.

Salt "dolaylı" ve "ekonomik" etki yeteri değildir.

Örnekler:

Mağazaların tatil günlerinde kapatılmasına ilişkin bir düzenlemenin muhatapları sadece satış yerlerinin sahipleridir.

Ama doğrudan zarar görenler aynı zamanda tüketicilerdir. (92)

Bir limited şirkete adli müzahareti yasaklayan bir mahkeme kararı şirket ortaklarını bizzat değil sadece ekonomik bakımından etkilemektedir. (93)

Bizzat zarar görmüş olma temel hakkın sadece objektif hukuksal boyut olarak değil şikayetçinin subjektif hakkı olarak zarar görmüş olmasını da şart koşmaktadır.

Buna karşın F.Alman Anayasa Mahkemesi haklılık denetiminde temel hakkın objektif hukuksal boyutunun zedelenmesini esas aldığında, kabule uygunluk denetiminde şikayet yetkisini kabul etmektedir. (94)

Temel hakların objektif hukuksal içeriğine saygı göstermeyen kamu gücü taşıyıcısı aynı zamanda ilgili kişinin subjektif temel hakkını da zedelemiş olmaktadır.

Bu durum özellikle temel hakların objektif hukuksal boyutunu (95) temel hakların özel hukuka dolaylı etkisi olarak dikkate alması gereken hukuk mahkemesi kararlarına karşı açılan A.Ş. lerinde geçerli olmaktadır. Objektif hukuksal boyutun dikkate alınmamasının şikayetçinin subjektif temel hakkının zedelenmesine yol açtığı her zaman ileri sürülebilir.

3. Şimdi Zarar Görmüş Olma

Şikayetçiler belki "gelecekte bir gün" (tasarlı" şikayet olunan yasa kuralından zarar görebileceklerse şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olmaz. (96)

İstisna olarak bir yasa, norm muhatabını şimdi, daha sonra düzeltemeyecek kararlar almaya zorluyorsa veya onun sonraki bir yasa uygulaması ile düzeltilemeyecek işlemlerde bulunmasına neden oluyorsa şimdi zarar görmüş olma gerçekleşmiş kabul edilir. (97)

(92) BVerfGe 13, 130/232 vd.

(93) BVerfGE 7, 198/206 vd; 35,202/218 vd.

(95) Bkz. Gören Z. Temel hak, S. 41 Kn 63 (DN 69)

(96) BVerfGE I, 97/102;60,360/371; BVerfGe 65, 1/37.

(97) BVerfGe 60, 360/372; 65, 1/37;75,246/363.

Bu durum ciddi olarak endişe duyulan temel hak tehlikeleri için de geçerlidir. (98) Geçmiş zedelenmelerde şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olamaz (99) F.Alman Anayasa Mahkemesi bu unsuru hukuksal korama ihtiyacı perspektifinden incelemektedir. Bunun dışında şimdiki zarar görmüşlüğü kabulde oldukça toleranslı davranmaktadır.

örneker:

Belli okullardan mezun olanlara "Mühendis" ünvanı kullanmayı yasaklayan bir yasa şu an öğrenim yapanları etkilemektedir. (100)

Buna karşılık temel haklara aykırı olduğu için iptal olunan bir idari işlem nedeniyle şikayetçi artık şimdi zarar görmüş olamaz.

4. Doğrudan Zarar Görmüş Olma

a)- Daha sonraki bir işlem aracılığıyla etkilenme ya da temel hak zedelenmesi doğrudan doğrudur. (101)

F.Alman Anayasa Mahkemesine göre bir yasa, izinleri, katılmaları, üyelikleri vb. engelliyorsa zarar görenlerden bunların tanınması için başvuruda bulunmaları ve bu başvurunun reddi işlemine karşı şikayet yoluna gitmeleri istenebilir. (102)

b)- Eğer bir hukuk kuralının icrası başka bir yürütme işlemi özellikle bir idari işlemi veya bir mahkeme kararı gerektiriyorsa bu hukuk kuralı şikayetçiyi doğrudan etkilemiş olamaz. F.Anayasa Mahkemesi bu tür hukuk kurallarına örnek olarak vergi ve harç yasalarını, memur hukukuna ilişkin kuralları, imar ve çevre hukukuna ilişkin kuralları göstermektedir. (103)

Doğrudan doğruya olma koşulu A.Ş. nin yardımcılık niteliğinin bir belirtisi olarak anlaşılmaktadır. (104)

F.Anayasa Mahkemesi gelecekte belli mesleği izinsiz ifa etmeği yasaklayan bir yasanın doğrudan etki yaptığını (105) kabul etmiştir. F. Anayasa Mahkemesine göre şikayetçi doğrudan yasa ile mağdur olmalı, icra gücünün ira-

(98) BVerfGe 79/89/141; 51, 347; 53, 30/51; 66, 39/ 58 vd.

(99) Pestalozza C. Verfassungsprozeßrecht, S. 114 vd. (Dn. 88)

(100) BVerfGE 26,246/251.

(101) BVerfGE 68,319/325

(102) BVerfGE 69.122

(103) BVerfGE 68, 215; 68, 319, 325. 6.

(104) Pieroth-Sclink Grundrechte, S. 291 KN 1254 (DN 10)

(105) BVerfGE I, 364/270

desini taşıyan bir emri ile mağdur olmamış olmalıdır.

Bu düşüncenin temelinde ilginin hukuksal alanına kamu gücünün iradi işlemi ile müdahale edildiği ve vatandaşa yasamın anayasal denetimi olanaklı kılan bir yargı yolu açıldığı düşüncesi yatmaktadır.

Davaya bakan mahkeme Anayasaya aykırılık düşüncesini paylaşırsa F.Anayasa Md. 100 F.I e göre Anayasa mahkemesinin kararını almak zorundadır. Mahkeme bu yola sapsamza şikayetçi yargı yolu tükendikten sonra A.Ş. ne başvurur. Hukuk normu şikayetçinin haklarına doğrudan tecavüz ediliyorsa ve bir idari işlem de varsa şikayetçi norm aleyhine aynı zamanda idari işlem aleyhine A.Ş yoluna başvurabilir.

Örnekler:

Gelir vergisinde mağduriyet doğrudan yasa ile gerçekleşmemektedir. Çünkü vergi bir idari işlemle (vergi tarhi belirlenir. İlk önce bu idari işletme karşı yargı yoluna başvurmak gerekir. F.Anayasa Mahkemesi eğer vergi daireleri bir denetim ve takdir hakkına sahip değilse vergi yasasına karşı da A.Ş yolunu açık tutmuştur. bazı hukuk normları vatandaş tarafından doğrudan uygulamakta yani self-executing etki doğurmaktadırlar. Bunlara örnek olarak genel hız sınırlanmasına ve dükkân kapatma saatlerine ilişkin kurallar gösterilebilir (106).

c- Yasa norm muhatabını şimdi, daha sonra düzeltilemeyecek kararlara zorluyorsa yada sonraki yasa uygulaması ile düzeltilemeyecek işlemlere neden oluyorsa (107) istisnai olarak doğrudan doğruya unsuru olmadığı halde şikayet yetkisi kabul edilmektedir: (108)

VI Yargı Yolunun Tükenmiş Olması

FAMY Prf. 90 F.II C.I, F.Alman Anayasası Md. 94 F.II C.2 (109) e dayanarak ilke olarak yargı yolunun öngörüldüğü hallerde bu yolun tüketilmiş olmasını istemektedir.

Şekli yasalar için bu kuraldaki yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu bir anlam taşımaz.

Yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu ile A.Ş. nin yardımcılık niteliği belirginleşmektedir. (110)

(106) Schmalz D., Rechtssystem und Anwendung Grudrechte, Nomos, Baden 1991, S. 127.

(107) FAMY Prf. 90 II 2

(108) BVerfGE 65, 1/37 halk sayımı kararı.

(109) F. Alman Anayasası Md. 94 F.II C. 2: "Yasa anayasa şikayeti için yargı yolunun önceden tüketilmiş olması şart koşabilir ve özel bir kabul yöntemi öngörülebilir."

(110) BVerfGE 47,144/145

Temel hak zedelenmesinin kaldırılamayacağı durumda geçerlidir. Böylece F.Alman Anayasa Mahkemesinin hukuksal bakımdan ve fiilen hazırlanmış bir olaya bakması garanti edilmiş olmaktadır. (111)

1. Yargı Yolu, bireyin iddia olunan temel hak zedelenmesinin incelenmesi ve ortadan kaldırılması isteği ile Alman devlet mahkemelerinde yürüttüğü yoldur.

Yargı yolu, yargılamadan önce itiraz yolu öngörüldüğünde idari makamlarda başlar ve aleyhine başka bir yargı yolu kabuledilmemiş olan son merci kararı ile son bulur.

Bununla beraber yargı yoluna eski hale getirme (112) ve yargılamanın yenilenmesi başvurusu da dahildir. (113)

Denetim daha yüksek bir makamda değil aynı merci de yapıldığı (aleyhine temyiz yoluna gidilemeyen) hukuksal çareler de yargı yolundan sayılır. (114)

2. Yargı Yolunun Tüketilmiş Olması, şikayetçinin iddia olunan temel hak zedelenmesini ortadan kaldırmak için tüm yasal ve kendisinden beklenen yargılama olanaklarını kullanmış olması gerektiği anlamına gelmektedir:

Yasal yargılama olanakları şikayetçi tarafından kaçırılmamış olmalıdır:

Şikayetçi yasal yargılama yollarına başvurmamış ya da onları geri çekmiş olmamalıdır. (115)

- Şikayetçinin isteğine, değişmeyen bir yüksek mahkeme kararı karşı ise (116) ya da mahkeme yolu bulunmadı konusunda şikayetçiyi yanlış bilgilendirmişse (117) şikayetçinin yargı yolunu tüketmiş olması beklenemez.

Buna karşılık şikayetçinin yasallığı tartışmalı olan bir yargı yolunu kullanması istenebilir. (118)

3. A.Ş. genel önemli haiz ise ya da yargı yoluna başvurulması şikayetçi için ağır ve sonradan düzeltilemeyecek bir zarar doğuracaksa FAMY Prf.90 F.II C.2 ye göre yardımcılık ilkesi denilebilir. Bunun amacı şikayetçi aslında

(111) BVerfGE 56,54/69;65/38

(113) BVerfGE 42,252/257.

(114) StPO= Ceza usul Yasası Prf. 409 (Ceza karamamesine itiraz); ZPO= Medeni Usul Yargısı Prf. 338 (Gıyap kararına itiraz)

(115) BVerfGE 1, 12/13

(116) BVerfGE 9,3/7; 56,363/380

(117) BVerfGE 19,253, 256 vd.

(118) BVerfGE 70,180/185

öngörülmüş olan yargı yoluna gitmekten kurtarmaktadır. Bunun uygulanması için yargı yolu gerçekten açık olmalı ya da ona başvurulmuş olmalıdır.

Örnekler:

Bir siyasal partiye seçimlerden kısa bir süre önce seçim propagandası yapmak amacı ile radyo ve televizyondan yayın yapmasının engellemesi durumunda siyasal partiye idari yargı yolu ve bu çerçevede geçici hukuksal koruma olanağı tanınmış olmasına karşın siyasal partinin bu yola başvurusu seçimlerden önce diğer partiler gibi radyo TV aracılığı ile propaganda olanağından faydalanmamasının yol açacağı ağır ve düzeltilmesi olanaksız zararı önleyemeyecektir. (119)

VII. Süre

FAMY Prf. 93 F.I C.le göre A.Ş. yoluna **bir ay içinde** başvurulması gerekmektedir.

Bu süre belirlenmesi son merci mahkeme kararlarına ilişkindir.

Çünkü bu tür işlemlerde yargı yolunun tüketilmiş olması gerekmektedir.

Aleyhlerine yargı yolu açık olmayan devlet işlemlerine karşı. (120)

A.Ş. FAMY Prf. 93 F. II ye göre bir yıl içinde açılmalıdır.

Süre yasalarda yürürlüğe girme geriye yürüten yasalarda ilan tarihinden itibaren başlar (BVerfGE 1, 415/416 vd) kamu gücünün hareketsiz kalmasına (ihmaline) karşı açılan Anayasa şikayetlerinde ihmal devam ettiği sürece şikayet geçerlidir. (121)

Şikayetçi ihmali sona erdiğine vakıf olduğu andan itibaren FMY Prf. 93 F. II C.I'deki bir aylık süre geçerlidir. (122)

VIII. Hükümün Kesinliği Nedeniyle Red

F. Anayasa Mahkemesi Kararları diğer mahkemelerin kararları gibi kesin hüküm oluştururlar. Bu genel usul hukuku ilkesi FMY Prf. 41 deki düzenlemenin de temelinde yatmaktadır. (123)

(119) Krş. Siyasal Partiler Yasası Prf. 5; BVerfGE 7,99/103;14,121/130 vd.

(120) Şekli yasalar ve idari yargılamalar yasası Prf. 47 kapsamına girmeyen maddi yasalar.

(121) BVerfGE 6,257/266;10,302/308.

(122) BVerfGE 58,208/218

(123) FAMY Prf. 41: "Başvurunun tekrarı F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından bir başvuru konusu da esasa ilişkin karar verilmişse ancak yeni vakıalara dayandırılması halinde aynı başvuru muhatabına karşı başvuru yenilenebilir".

Kesim hüküm, aynı şikayetçinin aynı isteğine aynı hukuki ve fiili durumda yeniden karar verilmemesi gerektiği anlamına gelmektedir.

Kesin hüküm karar gerekçesini değil karar metnini kapsar ama metin yorumu için gerekçelere başvurulabilir.

Şekli bakımdan kesin hüküm aleyhine yargı yoluna gidilemeyen karardır. Yargı yolları icrayı durdurucu etkiye ve geçiş etkisine sahip olan hukuksal çarelerdir. Yani öngörülen merciler sıralamasında daha yüksek bir mahkemeye götüren ve aleyhine şikayet olunan karara belli etkiler ekleyen çarelerdir. F. Anayasa Mahkemesi uzmanlık mahkemeleri karşısında bu anlamda bir yüksek merci değildir. Bu nedenle ona yapılacak bir A.Ş. bir "yargı yolu" oluşturmaz. (124)

Örnekler:

A Motorlu araçta Kara Yolları Trafik Nizamnamesi Prf. 21 a F. I deki emniyet kemeri takma zorunluluğuna aykırı davranmaktan son merci'in para cezasını içeren mahkumiyet kararına karşı bu kararın kişiliğini geliştirme özgülüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle A.Ş. yoluna başvurmuştur.

Bu A.Ş. Anayasa Mahkemesinin ön denetim komisyonunca başarı şansının çok düşük olması nedeniyle karar konusu yapmak için kabul edilmemiştir. A'nın aynı karara karşı yetkili senatonun bu konuda karar vermesi gerektiği yolundaki yeni bir A.Ş. geçerli olmayacaktır. (125)

IX Genel Hukuksal Koruma İhtiyacı

A.Ş.'nin tüm kabule uygunluk koşulları daha yakın incelendiğinde hukuksal koruma ihtiyacının özel belirtileri oldukları görülmektedir.

Bundan fazla olarak usul hukukunda, Anayasa Mahkemesinin Anayasa yargısının ve A.Ş. yargılamasında da uygulanabilir olarak değerlendirildiği genel hukuksal koruma ihtiyacının yazılı olmayan yakalayıcı ögesi geliştirilmiştir. (126) Bu genel hukuksal koruma ihtiyacı gerekli olmayan ya da artık gerekli olmayan A.Ş.'lerinin geçersiz kılınabilmesi fonksiyonunu üstlenmektedir. Bu durum aşağıdaki iki halde sözkonusu olmaktadır.:

1- Temel hak koruması için daha kolay bir olanak varsa A.Ş. gerekli değildir. Genelde yargı yolunun tüketilmiş olması koşulu, bu durumu kar-

(124) Pestalozza C., Verwaltungsprozeßrecht, S. 299. KN 52, DN 126, DN 8)

(125) Pieroth-Schlink, Grundrechte, S. 294.KN 1270. (DN. 10)

(126) Pieroth-Schink, Grundreche, S. 294.KN. 1271, DN. 10; Aksi görüşte Zuck R., Die Verfassungsbeschwerde, Kn. 151, (DN. 27)

şılmaktadır. Ama bazı durumlarda yargı yolunun tüketilmiş olmasına karşın Anayasa mahkemesinden özel bir yargılama olanağı varsa temel hak koruması için daha kolay bir olanağın bulunduğu kabul edilir. Örneğin F. Anayasa Md. 41 F. II'deki seçim denetimi yargılamasından olduğu gibi (127)

2- Zarar görmüş olma hali ortadan kaldırılmış, şikayet çözümlenmişse A.Ş. artık gerekli değildir.

Çünkü bu durumda şimdi zarar görmüş olma koşulu gerçekleşmiş olmamaktadır ve şikayet yetkisi kabul edilmemektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi şikayet konusunun çözümlenmesini daima hukuksal koruma ihtiyacının bir problemi olarak tartışmaktadır.

- İşlemlerin zedeleyici etkileri hala devam ediyorsa (128)

- Şikayet olunan işlemin tekrarından kaygı duyuluyorsa (129)

- Temel önem taşıyan bir sorun olay aracılığıyla açıklığa kavuşturulabilirse (130) mahkeme temel hak zedeleyici işlemin ortadan kalkmasına karşın hukuksal koruma ihtiyacının kabul etmektedir.

I. Kriter

F. Anayasa Md. 93 F. I Nr. 4a göre bir temel hakkın yada temel hak benzeri hakkın zedelenmesi durumunda A.Ş. haklıdır.

Buna göre ilk planda temel hak ve benzeri haklar kriter oluşturmaktadır. Buna karşılık uluslararası temel haklar, Federe devlet Anayasalarındaki temel haklar ve pozitif üstü insan hakları A.Ş. yargılamasında kriter oluşturmazlar. (131)

(127) F. Anayasa Md. 41 F. II "Federal meclisin (bir federal meclis üyesinin üyeliğın düşmesine ilişkin) kararına karşı Anayasa Mahkemesine şikayette izin verilmiştir." BVerfGE 14,154/155;28,217/218 vd.

(128) BVerfGE 15, 226/230.

(129) BVerfGE 52,42 42/51 vd; 56,99/106

(130) BVerfGE 35,1/4;58,28/29

(131) Temel hak zedelenmesi Federal devletin bunun dışındaki Anayasa kurallarından da kaynaklanabilir.

Bunun F. Anayasa Mahkemesi ilk önce F. anayasa Md. 3 F. I 'e ilişkin içtihadıyla gelişmektedir. Buna göre genel eylem özgürlüğüne yapılan bir müdahale ancak geri kalan Anayasa kuralları ile bağdaşıyorsa bu özgürlüğün sınırı olan Anayasaya uygun düzen kavramına girer. Böylece yetki ve yargılama kuralları dahi geri kalan Anayasa hukukuna aykırılıklar temel hak zedelenmesi oluşturulacaktır. Aynı durum diğer tüm temel haklar içinde geçerlidir. Bir müdahalenin Anayasa hukuksal haklılığı yasa kaydı ile sağlanıyorsa bu yasanın maddi, şekli bakımından Anayasa ile uyuması gereklidir.

Temel hakkın koruma alanına yapılan bir saldırının Anayasa hukuksal haklılığı çatışan Anayasa Hukuku ile haklı çıkarıldığında da aynı şey geçerlidir. Salt bir temel hak ya da temel hak benzeri hak değil örneğin hukuk devleti, sosyal devlet ilkesinde de var olabilen çatışan Anayasa hukuku doğru yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Yasa koyucu tarafından çatışmaların çözümünde Anayasanın yetki ve usul kuralları gözönünde tutulmalıdır.

A.Ş. bir kere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar söylenilenin dışında kapsamlı bir denetim yetkisi kullanılır.

Zedelendiği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak mahkeme resen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygular.

Bu denetim subjektif bir girişim yoluyla A.Ş.'nin kapsamını subjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletir ve F. Anayasa Mahkemesinin A.Ş.'nin çifte fonksiyonu konusundaki anlayışına uygundur.

A.Ş. salt Anayasaca garanti edilen bireysel hakları garanti etmeğe ve geçerli kılmaya yönelik bir hukuksal çare değildir, aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun spesifik bir hukuksal koruma aracıdır. (132)

II. Denetim Kapsamını Spesifik Anayasa Hukukunun Zedelenmesi ile Sınırlı Tutulması

Her türlü Anayasa hukuku zedelenmesi bir temel hak zedelenmesi anlamına gelecek olursa yani bir A.Ş. ni haklı kılarca bu yasanın üstünlüğü anlamında gelecek, yürütme ve yargının hiç bir işemi yasama işlemleri ile çelişkili olamayacaktır.

Yasalara aykırı mahkeme kararları böylece daima yasanın üstünlüğüne ilişkin Anayasa ilkesini (F. Anayasa Md. 20 f. III) (133) zedelemiş olacaktır. Bunun yeni bir temel hak zedelenmesi olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Örnekler:

Bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet kişi özgürlüğüne bir müdahaledir ve ancak şekli bir yasayla haklı çıkarılabilir.

(F. Anayasa Md. 2 F. II C. I: Md. 104 F. I) (134)

Mahkumiyet hükmü ceza yasasının yanlış yorum ve uygulamasına dayanıyorsa yasanın üstünlüğüne aykırılık oluşturacak ve bir temel hak ze-

(132) BVerfGE 45,63/74

(133) "Yasama anayasaya uygun düzene yürütme ve yargı, yasa ve hukuka bağlıdır."

TC. Anayasası Md. 138: "Hakimler... kanuna ve hukuka uygun olarak hüküm verirler."

(134) Md. 2 F. II. C. 2: "Kişi özgürlüğü dokunulmazdır. Bu hakka bir yasaya dayanılarak müdahale edilebilir."

Md. 104 F. I: "Kişi özgürlüğü şekli bir yasaya dayanılarak ve bu yasa da öngörülen şekillerde sınırlandırılabilir."

delenmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir.

Medeni yasanın ilgili kurallarıyla bağdaşmayan bir boşanma kararının evlenme özgürlüğünü zedelediğini kabul etmek gerekecektir.

Bu kabul edildiğinde kamu gücünün bir işleminin yargı yolunun tüketilmesi koşulu nedeniyle bir mahkeme kararının basit yasa hukukuna aykırılığı gerekçesiyle de A.Ş. yoluna başvurulması gerekecektir.

Böylece F.Alman Anayasa Mahkemesi tüm mahkemelerin üzerinde bir süper temyiz mercii durumunda getirilmiş ve mahkeme basit hukumun her türlü yorumunu denetleme ve düzeltmeye zorlanmış olacaktır.

Ancak bu F.Anayasa Md. 93 F.I Nr. 4a ile temel haklara ve temel hak benzerlerine aykırılıkların denetimi ile sınırlı olması gereken F. Alman Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Kaldı ki böylece diğer yüksek Federal mahkemelerin-özel Anayasa hukuksal denetim hariç-yetkileri kapsamına giren hukuk alanları için son merci olmak görevi gasbedilmiş olacaktır.

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi gerçektende iş hacmi nedeniyle tümünden bunalmış olacaktır.

Oysa F.Alman Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararlarına ilişkin denetimi spesifik Anayasa hukuku ile sınırlanmaktadır. Burada:

Ya tümünden ilgili Anayasa normunun gözden kaçırılması

- Ya da temelden yanlış uygulaması koşuldur.

Bu yanlış uygulama temel haklarda koruma alanını ya da koruma alanına yapılan bir müdahalenin haklı çıkarılmasını, özellikle oranlılık ilkesini de kapsar. (135)

Bu anlamda spesifik Anayasa hukuku zedelemesinin bulunması durumunda Anayasa Mahkemesi yasaya aykırı olsa bile mahkeme kararına dokunmamaktadır.

Yargılanmanın kurulması, olayın belirlenmesi, değerlendirilmesi, hukukun yorumu ve somut bir duruma uygulanması yalnız, bunun için yetkili genel mahkemelere aittir ve Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmuştur. (136)

(135) Pieroth-Schlink, Grundrechte, s. 297, KN. 1284 (DN. 10)

(136) BVerfGE 18,85/92; Değişmeyen içtihat.

Bununla birlikte salt bir temel hak zedelenmesi arasındaki sınırı çizmek çoğu kere güçlük doğurmaktadır. Olayın belirlenmesi ve değerlendirilmesi genelde spesifik Anayasa hukukunun sorunu olmadığı halde F.Alman Anayasa Mahkemesi hakim in hukuku geliştirmesi sözkonusu olduğunda tam kapsamlı bir denetim uygulanmaktadır. (137)

Bunun dışında Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına göre temelde saldırının yoğunluğu önem taşımaktadır.

Denetim sınırları katı ve değişmez bir biçimde çizilemez.

Bu sınırlar temel hak zedelenmesinin yoğunluğuna bağlı olarak belirlenmelidir. Bir hukuk mahkemesi kararı temel hakla korunan özgürce yaşamayı ve eylemde bulunmayı daralttığı oranda Anayasa hukuksal denetim ayrıntılı olmak zorundadır. (138) Temel hakkın koruma alanını şekillendiren yasa normlarının bulunmaması ve uzmanlık mahkemesi için temel hakkın kendisinin tek ölçü olduğu durumlarda (139) ya da temel hak garantisini yasallık ilkesinin oluşturması durumunda (140) artan oranda zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Bu durumlarda F.Alman Anayasa Mahkemesi "**Keyfilik ayırımı kriteri**" ile çözüm aramaktadır. (141) Literatürde Spesifik Anayasa hukuku ile basit hukuk zedelenmesini belirgin bir biçimde birbirinden ayırma konusunda çaba göstermiştir.

Bu konuda bazen Schumann formülüne başvurulmaktadır.

Buna göre itirazda bulunan hakim kararı basit yasa koyucunun bir norm olarak çıkarmaması gereken bir hukuksal sonuç doğuruyorsa spesifik bir temel hak zedelenmesi herhalde mevcuttur. (142)

Ama Schumann formülü kesinlikle F.Alman Anayasa Mahkemesinin denetim ve düzeltme yaptığı tüm durumları kapsamamaktadır.

Bu nedenle literatürde F.Alman Anayasa Mahkemesinin temel haklara özellikle yoğun saldırılarda somut yorum hatalarını bile önemli kabul eden bir denetim uygulaması gerektiği vurgulanmıştır. (143)

(137) BVerfGE 34,293/301 vd.

(138) BVerfGE 61,1/96; Krş. BVerfGE 70, 297/316.

(139) F. Anayasa Md. 16 F. II C. 2 de olduğu gibi: "siyasal bakımdan koşturulanlar sığınma hakkından faydalanırlar."

(140) F. Anayasa Md. 101 F. I. C. 2 "kimse yasal yargıçıdan mahrum bırakılamaz" Md. 103 F. 2: "bir fiil ancak fiilin başlamasından önce ceza yasasında belirlenmişse cezalandırılabilir."

(141) BVerfGE 64, 389/396 vd.

(142) Schumann, E. Verfassung und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Schriften zum öffentlichen RECHT, Berlin 1963, Bd II S. 207.

(143) Pietro-Schlink, S.1293 (DN. 10)

F.Alman bilimsel ve yargısal içtihatlarının artan ölçüde üzerinde durduğu yasa koyucunun **hareketsizliği** durumunda temel hakların yargısal yolla korunması sadece **Anayasa Şikayeti** alanında bir anlam taşımaktadır.

Yasa koyucunun hareketsizliği soyut ya da somut norm denetiminin konusu olamaz. (144) bu olgu F.Anayasa Md. 93 F. I Nr. 2 nin sözünden açıkça anlaşılmaktadır. Buna göre bir norm denetim konusu sadece **şekli anlamda bir yasama işlemi** olabilir (145)

Buna karşılık "Anayasa Mahkemesi kararlarının kapsamını, etkisini düzenleyen" F.Anayasa Mahkemesi yasası Prf. 95 F. III de yasa koyucunun hareketsizliği halinde geçerli bir Anayasa şikayetinin sonuçları açıkça düzenlememekle birlikte böyle bir durumda Anayasa şikayeti yolu tümünden kapalıda tutulmamıştır. (146)

FAMY Prf. 95 F. III C. 1-3 yasaların iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarını konu edinmektedir. (147)

Buna göre vazedilmiş yasa iptal edilmelidir.

Ancak henüz vazedilmemiş bir normun iptal edilmesi olanaksızdır. FAMY Prf. 95 F. I in işaret ettiği gibi "**Anayasa Şikayeti**" mantıksal olarak kamu gücünün hareketsizliği durumunda da mümkündür. (148)

Burada kamu gücü kavramından yasa koyucu hariç tutulmamıştır. (149)

FAMY Prf. 95 in sözünden yasa koyucunun hareketsizliğine karşı yapılan Anayasa şikayetlerinin-tıpkı yürütme ve yargının hareketsizliğine karşı yapılanlardan olduğu gibi-geçerli kabul edilmediği sonucu çıkarılmamaktadır.

Ancak FAMY Prf. 95 te yasa koyucunun hareketsizliği halinde gündeme gelecek anayasa şikayetlerinin sadece şikayetçinin hangi temel hakkının zedelendiğinin tesbitini sağlayabildiği anlaşılmaktadır. (150)

FAMY Prf. 95 e göre:

(1) A.Ş haklı bulunduğu, kararda Anayasanın hangi kuralı hangi ha-

(144) BVerfGE 18, 38 (45)

(145) Krş. Lechner H. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1973, s. 106; Geiger W. Komm. S. 254 (DN. 47)

(146) BVerfGE 1.100

(147) BVerfGE 6, 386,388

(148) BVerfGE 6, 264

(149) BVerfGE 2.264

(150) BVerfGE 6.264;

reket veya ihmâl ile zedelendiği belirtilmek zorundadır.

F.Alman Anayasası Mahkemesi aynı zamanda şikâyet olunan tedbirin tekrarının her defasında Anayasayı zedeleyeceğine ilişkin karar verebilir.

(2) A.Ş bir mahkeme kararına karşı haklı görüldüğünde F.Alman Anayasa Mahkemesi kararı kaldırır. Prf. 90 f. II C. I in sözkonusu olduğu durumlarda davayı yetkili mahkemeye geri gönderir. (151)

(3) A.Ş. bir yasaya karşı haklı görüldüğünde, yasa iptal edilmelidir. Aynı durum A.Ş. nin, kaldırılan kararın Anayasaya aykırı bir yasaya dayanması nedeniyle F.II gereğince haklı bulunduğu zaman da geçerli olur.

F.Alman Anayasa Mahkemesi 1,100 sayılı kararında vatandaşın bununda ötesinde doğal olarak yasakoyuncunun harekete geçirilmesi konusunda mahkemece takip edilebilen bir hakkı olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. (152)

Buna göre F.Alman Anayasa Mahkemesinin yetkisi sadece vazedilmiş yasalar konusundaki denetimle sınırlandırılmıştır. (153)

F.Alman Mahkemesi tarafından daha sonra da tam kapsamıyla sürdürülemeyen bu düşünce (154)

F.Anayasanın, yasa korucuyu vatandaşında dayanabileceği belli yasama işlemlerini yapma konusunda yükümlendirmek isteyip istemediğine ve bunun boyutuna ilişkin duraksamalara ilişkindir.

F.Anayasa bilinçli olarak yasa koyucunun egemenliği temelini yıkmış ve bunun yerine açıkca yasa koyucuyu Anayasayla bağlı kılmıştır.

Ancak yasa koyucunun Anayasaca değiştirilen bu statüsünün en kapsamlı bir biçimde tanınması halinde bile (155) Anayasa hukuku yargısal içtihatlarında anayasal düzene uygun yasaların konulması, şekillendirilmesi olgusunun birinci planda yasa koyucunun görev bilinci içinde uygulayacağı takdirine bırakıldığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. (156)

(151) Prf. 90 F. II C. I. 'Hak zedelenmesine karşı yargı yolu açıksa A.Ş. ine yargı yolunun tüketilmesinden sonra başvurulabilir.'

(152) Krş. BVerfGE 2,291

(153) BVerfGE 1, 101; Leibholz, Der Status des Bundesverfassungsgerichts,

(154) BVerfGe 6. 264

(155) Krş. F. Alman Anayasa Md. I F. III; 20 F. III 93 F. I Nr. 2; 100; Maunz Th. Staatsrecht, 21 B.S. 69 vd; Kalkbrenner H., Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV 1963, S. 41 vd.

(156) BVerfGE 1, 275; 3, 135;4, 118;4, 244;5, 81;6, 71;7, 318;8, 19,349; Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Landerberichte und Rechtsvergleichung, Heidelberg 1961) S. 150.

Böylece yasa koyucunun bireyler karşısında yasa koyma konusunda genel anlamda bir Anayasal bir yükümlülüğü olmadığından yasa koyucunun hareket yükümlülüğünün özel anayasal normlarla somutlaştırılması gereklidir.

Program kuralları kurumsal garantiler, genel anlamda bağlayıcı hukuk kuralları ile Anayasa direktifleri arasında geleneksel sınırlandırma belli koşullar altında uygulanabilir. (157)

Anayasada sadece genel anlamda bir norm koyma direktifinin bulunması yeterli olmamaktadır. Şikayetçi daha çok yasa koyucunun pozitif hareketi konusunda subjektif bir hakkı olduğunu kanıtlamalıdır. Demek ki doğrudan şikayetçinin yerine getirilmesini isteyebileceği yasa koyucunun somut bir hareketinin savsaklanmış olması gereklidir. (158)

Şikayetçinin yeni yasaların korunması konusundaki genel anlamda bir isteği A.Ş. yolu ile ileri sürülemez. (159)

Başka hukuk alanlarında olduğu gibi A.Ş. de de hareketsizlik "Yapmama" değil Anayasanın yapılmasını beklediği "birşeyi yapmama" anlamına gelmektedir. (160)

Bu nedenle eğer Anayasa, yasa koyucuyu bireyin yasa koyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kuralın konulması konusunda görevlendirilmişse ancak o zaman yasa koyucunun FAMY Prf. 90 anlamında geçerli olabilecek bir hareketsizliği sözkonusudur. (açık Anayasa direktifi) (161)

Bu Anayasaca belirlenmiş-topluma karşı değil de bireye karşı norm koyma ödevi ancak istisnai durumlarda vardır ve sözde zedelendiği ileri sürülen temel hakkın yükümlendirici etkisinden çıkartılması olanaksızdır. (162) Özellikle Anayasanın garanti ettiği erkler ayrılığı ilkesi yasa koyucunun hareketsizliğine karşı yapılan A.Ş lerinin sadece istisnai durumlarda geçerli kabul edilmesini istemektedir.

A.Ş nin temelinde Anayasanın temel haklar bölümünde ya da Anayasanın

(157) Maunz Th. Komm. S. 97a KN. 107, (DN.8).

(158) BVerfGE 2, 244.

(159) BVerfGE 2, 244.

(160) Seiwert J., Zur zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962, S. 39; Maunz Th., Komm. S. 98 KN 107 (DN.8).

(161) Krş. BVerfGE 12, 139 (142); 18, 1(15); 23, 242, (249).

(162) BVerfGe 11, 255.

FAMY Prf. 90 ile korunan başka maddelerinde anlatımını bulan "yasa koyucunun hareket yükümlülüğüne" bir aykırılık yatmalıdır (163).

Özlerinde bireye devletten gelecek saldırılara karşı dokunulmaz bir alan garanti eden tüm temel haklar bu anlamda bir Anayasa direktifi içermezler (164).

Bu özgürlüklere F.Anayasa Md. 2 deki bireyin genel özgürlüğü; Md. 4 deki inanç ve vicdan özgürlüğü; Md. 8 ve 9 daki toplantı ve dernek kurma özgürlükleri; Md. 10 daki özel haberleşmenin gizliliği; Md. 11 deki seyahat ve yerleşme özgürlüğü; Md.12 deki meslek ve öğrenim özgürlüğü ve Md. 13 deki konut dokunulmazlığı dahildir.

Devletten bağımsız bireysel özgürlük alanlarına hizmet eden bu temel hak garantilerinden birey için temel olarak kamu gücüne karşı Anayasaca korunmuş statüsünü karışma saldırılardan korunması konusunda istek hakları doğabilir. (165)

Demek ki bu garantiler doğaları gereği ihmal ve hareketsizliğe karşı bir A.Ş. temeli oluşturmazlar.

Bunun dışında yasa koyucuya şekli bir yasanın çıkarılması için bu konuda bir yükümlendirme yapmadan temel hakları sınırlandırma konusunda yetki veren, kurallar bir Anayasa direktifi içermezler.

Bu temel haklara örneğin F.Anayasa Md. 2 F. II C. 3 (Bu haklara bir yasaya dayanılarak müdahale edilebilir)

Md. 5 F. II (Bu haklar sınırların genel yasaların kurallarında, gençliği korumaya yönelik yasa kurallarında ve kişi onurunda bulunurlar.) Md. 8 F. II (Toplantı özgürlüğü yasa ile ya da bir yasaya dayanılarak sınırlandırılabilir) ve Md. 15 in devletleştirme için bir yükümlülük içermemekte bu konuda sadece yasa koyucuya yönelik bir yetki içermektedir. (166)

"Aşağıdaki" temel haklar veya FAMY 90 da anılan haklar sözkonusu olduğunda "bir Anayasal direktifinin varlığı ya da bu ödevin vatandaşın yasa koyucunun aktif olması için bir hak verip vermediği şüphelidir.

(163) F. Anayasa Mahkemesinin değişmeyen BVerfGe, 6, 246;263/264;8,20;9,342; 10, 306; 11, 161; 12,142.

(164) Krş. Maunz Th., Staatsrecht, 21 b., S. 110 vd. (yani Negatif Statü içeren özgürlük hakları).

(165) Krş. Jellinek G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905 S. 84 vd.

(166) BVerfGE 12, 354 (364).

F. Anayasa Md. I F. I sözkonusu olduğunda (İnsan onuru dokunulmazdır. Onu saymak ve korumak tüm devlet güçlerinin ödevidir.) Bu soruya doktrin kısmen olumlu cevap vermektir. Buna göre de bu kuraldan yasa koyucu için sosyal alanda somut bir Anayasal bir emir doğmaktadır. Birey Anayasanın sosyal devlet ilkesinden (167) Md. I F. I ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilen bir subjektif kamu hakkına sahiptir (168) Şu halde F.Anayasa Md. I F. I sosyal alanda somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edilmektedir. (169)

İnsan kendisini bir obje olarak aşağılayan ekonomik yaşam koşulları altında varolmaya zorlanıyorsa insan onuruna dokunulmuş olacaktır.

Bu gün insanı konu alan bilimlerde insan beden-akıl ve ruh bütünlüğü olarak ifade edilmekte ve birbirinden izole edilmiş parçalara bölünemeyen bir bütünlük içinde anlaşılmaktadır. Birey en az varlık ve yaşam koşullarına sahip olmadıkça kendini onurlu kılan varlıklara sahip olmuş sayılmaz ve serbest iradesiyle kendini yükseltme yeteneğine sahip değildir. Bireyin devletten olumlu bir edimde bulunulmasını isteme hakkı F.Anayasa Md. I F. I C. 2 de belirlenen devletin insan onurunu koruma ödevinin başka anayasal normalarla devletin olumlu edimde bulunma ödevi düzeyine yükseltilmesiyle doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanmaktadır.

Bugün Anayasanın sosyal devlet ilkesinden F.Anayasa Md. I F. I ile bağlantılı olarak en azından en az geçimin sağlanması konusunda eylemsel bir devlet ödevi çıkarılmakta ve kusuru olmadan yardıma muhtaç olana sosyal yardım konusunda dava yoluyla takip edilebilen bir subjektif kamu hakkı verilmektedir. (170)

F. Anayasa Md. 3 F. I in somut bir Anayasa direktifi içerip içermediği doktrinde tartışılmalıdır. (171)

Bir kısım düşünörlere göre (172) eşitlik ilkesinin bir Anayasa direktifi şeklinde yorumlanması ona doğası gereği yerine getiremeyeceği bir fonksiyon tanımak anlamına gelecektir. (173)

Ama bu durum F. Anayasa Md. 3 F. I ile bağdaşmayan bir yasaya karşı A.Ş. yolunu kapatmamaktadır. F.Alman Anayasa Mahkemesi aynı fonksiyonu

(167) Krş. Md. 20, 28, 79 F. III.

(168) Krş. BVerfGE 1, 105; Nipperdey, Grundrechte, Bd. 2 S.5 vd. BVerfGE 1, 159.

(169) Maunz Th., Komm., S. 99, KN. 110 (DN.8).

(170) Krş. BVerfGE, 1, 97 (103).

(171) Geiger W., Komm., S. 284., (DN. 47).

(172) Maunz Th., Komm., S. 99 KN? 111 (DN? 8).

(173) Krş. BVerfGE 11, 225.

ifa iden ve aynı dereceli yargıçlar arasında mali statülerine ilişkin olarak yapıldığı ileri sürülen ayırma karşı yasa koyucunun bir ihmaline değil pozitif yasal bir kararına yönelik olduğu için Anayasa şikayetinin geçerliliğini kabul etmiştir. (174)

Buna karşılık diğer bir görüşe göre (175) oransal bir ihmal, eşitlik bakımından bir ihmal sözkonusu olduğundan Md. 3 F. I somut bir Anayasa direktifi için temel oluşturmaktadır. Buna göre yasa koyucu Anayasa Hukuksal açıdan her ne kadar aktif olma konusunda yükümlendirilmemişse de, bir kere aktif olacak olursa Md. 3 F. I yasa koruyucu daha önce normlandırılmış olanlara temelden benzeyen olayları yasa koymada dikkate alma konusunda yükümlendirmektedir.

Buna göre Md. 3 F. I yasamanın negatif hareketi ile de zedelenebilen bir temel hak içermektedir. (176)

FAMY Prf. 90 da açıkça belirtilmediği halde bir Anayasa kuralı özel bir Anayasa direktifi içerdiğinde ve yasa koyucu bu direktifi F. Anayasa Md. 3 F. I i zedeleyerek eksik ifa ettiğinde bu oransal ihmal bir A.Ş. konusu olabilir.

Şikayetçi yasa koyucunun Md. F. I i zedeleyerek yerine getirmediği ya da eksik yerine getirdiği somut bir Anayasa direktifine dayanabilir. (177)

Örneğin yasa koyucu somut bir Anayasa emri içeren Anayasa kuralı FAMY Prf. 90 ta açıkça belirtilmediği halde F. Alman Anayasası Md. 131 deki açık Anayasa direktifini Md. 3 F. I i zedeleyerek eksik yerine getirirse A.Ş. geçerlidir. (Md. 131 Kamu hizmetlerinin eski mensuplarını hukuksal durumun bir Federal yasa ile düzenlenmesi konusundaki Anayasa direktifini içermektedir.) Şikayetçi burada Md. F. I in zedelediğini ileri sürebilir. A.Ş. nin geçerli olması için Md. 3 ün zedelenmesinin açık bir Anayasa direktifi çerçevesinde gerçekleşmesi önem taşımaktadır. Demek ki Md. 3 ün zedelediğini ileri sürebilmek için yasa koruyucuyu yükümlendiren açık bir Anayasa direktifinin varlığı gereklidir.

Buna uygun bir A.Ş. nde şikayetin haklı bulunması durumunda F. Anayasa mahkemesi kısmi düzenlemeyi iptal edemez. Anayasa şikayeti doğası gereği

(174) BVerfGE 26, 16, (134).

(175) Lechner H., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, NJW 1955, S. 1817 vd..

(176) Seiwerth J., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962. s. 70.

(177) BVerfGE 6, 257 (264); 8,1 (9) ; 8, 210 (216).

FAMY Prf. 95 I gereğince sadece F.Anayasa Md. 3 F.I in zedelendiğinin tesbiti sonucuna götürür. Bundan sonra makul bir süre içinde Anayasa emrinin kapsadığı tüm alanda Md. 3 F. I gözönünde tutularak yeni bir düzenleme yapmak yasak koyucuya bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi bunun dışında yasa koyucuyu etkileme olanaklarına sahip değildir. (178) Yasa koyucunun uygun bir yasa koymakla yükümlendirebileceği görüşü (179) böyle bir sonucun Anayasanın erkler ayrımı ilkesine ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa Hukuku tarafından yaratılan yargı yetkisine aykırı olacağı noktasından eleştirilmiştir. (180)

FAMY de sayılan geri kalan haklar bakımından bir Anayasa direktifi F.Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda kabul edilmektedir.

Buna göre yasa koyucu bu kuralda bulunan Anayasa direktiflerini makul bir süre içinde uygulamayı ihmal ederse Md. 6 F. V kuralı zedelenmiş olacaktır. (F. Anayasa Md. 6 F. V: "evlilik dışı çocuklara yasa ile evlilik içinde doğan çocuklar gibi bedensel ve ruhsal gelişimleri ve toplumdaki statüleri için eşit koşullar yaratılmalıdır".) (181)

FAMY Prf. 90 F. I de sayılan haklara dayanan bir Anayasa direktifinin varlığı durumunda bu özellikle Md. 6 F. 5 ve Md. 33. V., (Kamu hizmeti hakkı memur mesleğinin geleneksel ilkeleri gözönünde tutularak düzenlenmelidir.) de sözkonusu olmaktadır. Bir Anayasa şikayeti yasa koyucunun mutlak bir ihmaline de yönelik olabilir. Şikayetçi yasa koyucunun özel bir direktife rağmen düzenleme yapmadığını iddia edebilir. FAMY Prf. 90 F. I de sayılmayan kuralardan bir Anayasa direktifi çıkarılıyorsa bununla aynı zamanda bir temel hak ya da Prf. 90 F. I de korunan diğer haklar zedelenmişse ihmale karşı şikayet yoluna gidilebilir.

Zedelenen temel hak olarak özellikle F.Anayasa Md. 3 F. I (de düzenlenen eşitlik ilkesi) sözkonusu olabilir. (182)

Böyle bir durum F.Alman Anayasası Md. 117 F. I için geçerli olabilir. Bu kural Anayasanın farklı cinsler arasında olabildiğince çabuk duruma uygun tam kapsamlı bir eşitlik sağlamak istediğini açıklamaktadır. Yasa koyucu bu Anayasa emrini ifa etmeyecek olursa Anayasayı zedelememiş olacaktır. (183)

(178) BVerfGE 6, 265, 266; Maunz Th., Komm S. 99(a KN. 112 (DN.8).

(179) Spanner A.A. Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951. S.78.

(180) Maunz Th., Komm., S. 99a. TRb 112 (DN.8).

(181) BVerfGE 8, 210; 25, 167 (174, 184 vd); 44,1 (22).

(182) BVerfGE 6, 257; 8,1 vd.; 15, 47 vd.

(183) BVerfGE 6, 264; 8, 216; 15, 137 vd.

Hukuk normalarına karşı yapılan tüm A.Ş. lerinde olduğu gibi ihmal şikayetinde de şikayetçinin kendisinin Anayasa hukukunca emrolunan norm koyma ödevinin yerine getirilmemesi ile şimdi ve doğrudan ve doğruya FAMY Prf. 90 ile korunan haklarının zedelenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle bu durumlarda da daima yasa koyucu gücün şikayet konusu hareketsizliğinin **şikayet haklarını** zedeleyip zedelenmediğinin özellikle denetimi gereklidir.

Şikayetçi ancak Anayasaca emrolunan yasa koyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresine dahilse ihmal şikayetine başvurulabilir.

Örneğin, F.Anayasa Md. 6 F. V söz konusu olduğunda sadece "evlilik dışı çocuk" Anayasa şikayeti yoluna başvurulabilir. (184)

Aleyhine şikayet olunan ihmal bunun dışında güncel olmalıdır. Yani şikayetçiye gelecekte değil şimdi zarar vermelidir.

Yasa koyucunun bir ihmali söz konusu olduğunda maduriyetin doğrudan doğruyalığı ilke olarak kabul edilmek zorundadır. Yargı yolunun tüketilmiş olması zorunlu değildir. (185)

Yasa koyucunun bir ihmaline karşı açılacak bir A.Ş. ihmal devam ettiği sürece geçerlidir. (186)

F. Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre FAMY Prf. 90 F. II deki süre yasa koyucunun ihmaline ilişkin A.Ş. lerinde geçerli değildir. (187)

Norm koyan gücün ihmaline yönelik bir A.Ş. doğası gereği FAMY Prf. 95 F. I gereğince şikayetçinin FAMY Prf. 90 aracıyla korunan hakkının zedelendiğini tesbite yöneliktir. F. Alman Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu üzerinde daha başka etkileme olanakları bulunmamaktadır. (188) Bununla birlikte böyle bir kararın pratik bir sonuçtan yoksun olduğu düşünülmemelidir.

Böyle bir karar yasa koyucuyu, F.Anayasa Mahkemesinin kendi Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmak için yasa koyucuya bir süre belirlemediği sürece

(184) Schneider R., Rechtsschutz gegen Verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AÖR Bd. 89 S. 34; Seiwer J., Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, Berlin 1962 S. 113.

(185) BVerfGE 11, 261, 266.

(186) BVerfGE 10, 308.

(187) BVerfGE 6, 266; 10, 308; ii, 261; 13,287.

(188) BVerfGE 6, 265, 266.

Anayasa hukuksal bakımından gerekli harekete yükümlendirmektedir. (189).

F. Anayasa Mahkemesinin bunun ötesinde norm koyan gücün Anayasaya uygun bir durumu nasıl yaratabileceği konusunda karar vereceğine ilişkin (190) görüşünün erkler ayırımına ilişkin Anayasa ilkesine ve F. Anayasa Mahkemesinin norm koyma yetkisine Anayasa hukuksal açıdan çizilen sınırları gözden uzak tutan bir düşünceye dayandığı bunun dışında F.Anayasa Mahkemesi Federal bütçeyi etkilecek kararlar verildiğinde F.Anayasa Md. 113 e göre yasa koyucu için de zorunlu olan F. hükümetin iznini alması gerektiği ileri sürülmektedir (191).

F. Alman Anayasa Mahkemesi gibi Anayasanın ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olmak fonksiyonunu üstlenen Anayasa Mahkememize temel hakların zedelenmesi durumunda bireylerin doğrudan başvuru hakları ve Anayasa yargısı sistemimizde "Anayasa şikayeti" diye adlandırılan bir yöntem bulunmamaktadır.

Bu yöntem F.Alman Anayasa Mahkemesinin kendisini bir çok Anayasa mahkemesinden farklı kılan en geniş yetkili bir organ durumuna gelmesini sağlamıştır (192).

Bu kurumun Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmesi ile objektif Anayasa hukuku en geniş kapsamıyla korunacak, yorumlanacak ve geliştirilecektir.

Mahkeme kararına karşı kabul edilmesi ile somut bir hukuksal uyumsuzluk konusunda karar verirken sadece Anayasaya uygun hukukun temel oluşturması amacına hizmet edilmiş olacak, Anayasa Md. 11 deki Anayasanın bağlayıcı ve üstünlüğü ilkesi ve Md. 138 F I C. 2 deki hakimlerin anayasaya göre hüküm verecekleri kuralı gereği tam olarak gerçekleştirilmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi temel hakların zedelenmesi söz konusu olduğunda yasama, yürütme ve yargının tüm işlemlerinin temel haklara uygunluğunun denetimini yapmak durumunda olacaktır.

A.Ş. sayesinde alışılmış usul hukuku olanaklarının tüketilmiş olmasına karşın varlığını sürdüren temel hak zedelenmelerin önlenmesi sağlanmış olacaktır.

(189) BVerfGe 25, 187, 188; 33, 13; 39, 194 vd.; 40 284;41, 267; 41, 330 vd.; Lechner H., Zur Zulässigkeit S. 1819, (DN. 175) Geiger W., Komm., S. 27/28 (DN. 47).

(190) BVerfGe 13, 261.

(191) Maunz Th., Komm., S. 101 a, 101b, KN.121 (DN.8).

(192) Friesenhahn E., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland Köln, Carl Heymann Verlag KG. 1963, S. 92.

A.Ş., Anayasa Mahkememize temel hak yorumunun hukuksal açıdan önemli sorunlarına ilişkin olarak daha kapsamlı bir şekilde görüş bildirme olanağını verirken aynı zamanda kamu gücü güncelleşmesine katkıda bulunacaktır. A.Ş. birkere kabule uygun bulununca Anayasa Mahkemesi zedelendiği iddia olunan temel haktan bağımsız olarak resen tüm Anayasa hukukunun korunmasını amaçlayan bir denetim uygulayacaktır.

Bu denetim subjektif bir girişim yoluyla A.Ş. nin kapsamını subjektif hukuk koruması aracı olmaktan objektif hukuk koruması aracı olma yönünde genişletilecektir.

A.Ş. salt Anayasaca garanti edilen bireysel hakları garanti etmeğe ve geçerli kılmaya yönelik hukuksal çare oluşturmayacak ve aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun spesifik bir hukuksal koruma aracı niteliğine sahip olacaktır.

Mahkeme kararlarına ilişkin denetim spesifik Anayasa hukuku ile sınırlandırılacaktır. Burada ya tümünden ilgili Anayasa normunun gözden kaçırılması ya temelden yanlış uygulanması koşuldur.

Spesifik Anayasa Hukuku zedelenmesinin bulunmaması durumunda Anayasa Mahkemesi yasaya aykırı olsa bile mahkeme kararına dokunmayacaktır. Yargılamanın kurulması, olayın belirlenmesi, değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumu ve somut bir duruma uygulamansı yalnız bunun için yetkili genel mahkemelere ait olacaktır.

A.Ş. ile soyut ya da somut norm denetiminin konusu olmayan yasa koyucunun hareketsizliği durumunda temel hakların yargısal korunması sağlanmış olacaktır.

A.Ş. ne yasakoyucunun, Anayasamın yapılmasını beklediği bir şeyi yapmama durumunda başvurulabilecektir.

Anayasa, yasa koyucuyu bireyin yasa koyucunun hareket etmesi konusunda bir istek hakkı çıkarabileceği belli bir kuralın konulması konusunda görevlendirilmişse (Açık Anayasa direktifi) A.Ş. geçerli olacaktır. Yani yasa koyucunun bireye karşı bir norm koyma ödevi bulunmalıdır.

Anayasamızın başlangıç hükümleri 8. paragrafından ("her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme hakkına sahip olduğu") ve Anayasa Md. 5 kuralından ("Devlet ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi ve

manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak" görevi) yasa koyucu için sosyal alanda somut bir Anayasal emir doğmaktadır. Birey için Anayasamızın sosyal devlet ilkesinden başlangıç 8. Prf. ve Md. 5 ile bağlantılı olarak dava yolu ile takip edilebilecek bir sübjektif kamu hakkı doğmaktadır.

Şu halde bu kurallar sosyal alanda yasa koyucunun somut hareket ödevinin temeli olarak kabul edileceklerdir.

Anayasanın sosyal devlet ilkesinden başlangıç Prf. 8 ile bağlantılı olarak en azından en az geçimin sağlanması konusunda bir devlet ödevi çıkmaktadır.

Kusuru olmadan yardıma muhtaç olan, kimse sosyal yardım konusunda dava yoluyla takip edilebilen bir sübjektif kamu hakkına sahiptir.

- Genel eşitlik ilkesinin düzenlediği Anayasa Md. 10 da açık bir Anayasa direktifi ile birlikte A.Ş. için temel oluşturulacaktır.

Her ne kadar yasa koyucu hukuksal açıdan aktif olma konusunda yükümlendirilmemişse de bir kere aktif olacak olursa daha önceden normlandırılmış olanlara temelden benzeyen olayları yasa koymada dikkate alma konusunda yükümlendirilmiştir.

Yasa koyucu açık Anayasa direktifinin Md. 10 u zedeleyerek yerine getirmez ya da eksik yerine getirirse A.Ş. geçerli olacaktır. Bunun için şikayetçinin Anayasaca emrolunan yasa koyucunun hareket yükümlülüğü ile avantajlı olması gereken kişi çevresi içinde değerlendirilmesi gereklidir.

Anayasa Mahkememizin İş yükünün A.Ş ile artması tehlikesi, F.Almanya'da Ekim 1993 tarihinde gerçekleştirilen A.Ş. konusunda karar için kabul koşullarının zorlaştırılması ve kabul konusunda özel oluşturulmuş bir komisyona takdir yetkisi tanınması çareleri ile önlenebilir.

Bir Anayasa değişikliği halinde buna ilişkin kural Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. Maddenin V. fıkrasından sonra VI fıkra olarak yer almalı ve aşağıdaki içeriğe sahip olmalıdır.

"Anayasa Mahkemesi ayrıca devlet tarafından temel haklarının zedelendiğini iddia eden herkesin başvurabileceği A.Ş. davalarına bakar ve karara bağlar."

Bu kural Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usullerini düzenleyen kanunda A.Ş. yargı yolunun önceden tüketilmiş olması koşuluna bağlanabilir ve özel bir kabul yöntemi öngörülebilir.

Yargılamanın ayrıntıları, A.Ş. nin karar için kabul ve dava koşulları, Anayasa Mahkemesi kararının niteliği" Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri'ne ilişkin yasada yer almalıdır.

Objektif Anayasa hukukunun kendine özgü bir objektif koruma aracı olan bu kurum Anayasa yargısı sistemimize dahil edilmekle Anayasa dokunulmazlığının garantisi oluşturacaktır.

A.Ş. temel hakların kendisine özgü bir hukuksal koruma aracı olarak vatandaşlara devlet gücünün temel hak zedeleyici saldırılarını savuşturma olanağı sağlayacaktır. A.Ş. vatandaşı Anayasa ile canlı bir ilişkiye sokacak Anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunacaktır.

ORTADOĞUDA SU SORUNLARI KARŞISINDA TÜRKİYE'NİN İKİLEMLERİ

Doç. Dr. A. Mehmet KOCAOĞLU

1 - ORTADOĞU NEDEN BÜYÜKGÜÇ MERKEZLERİNİN YA DA EMPERYALİZMİN İLĞİ NOKTASINI OLUŞTURMAKTADIR?

Eskiden ipek ve Baharat yolu üzerinde bulunan Ortadoğu, bugün dünya petrol rezervlerinin üçte ikisine sahip bir bölge olarak, coğrafi açıdan da Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarının kavşak noktasında bulunmaktadır.

Kültürel açıdan Mağrip ülkelerinden (Fas, Tunus, Cezayir) başlayan Ortadoğu, Afganistan'a kadar uzanır. Kafkaslar'dan başlayarak, Kızıldeniz ve kıyısındaki ülkeleri içine alır. Mısır, Sudan, Libya dahil tüm arap ülkelerini içine alarak Parkistan'a kadar uzanır. Çeşitli strateji ve ideolojilerin çarpıştığı jeopolitik bir birim oluşturur.

Dünya coğrafyasının hiçbir bölgesinde Ortadoğu'da olduğu kadar güç mücadelesi olmamış, devletler, imparatorluklar ve medeniyetler kurulup yıkılmamıştır (1).

Üç kıtanın kavşak noktasında bulunan Ortadoğu, 1800'lerden itibaren giderek bir çatışma alanına dönüşmüştür. Çünkü Ortadoğu, üç kıtanın ve dünya ulaşım ağının odak noktasını oluşturmakla kalmayıp; sırasıyla Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık gibi evrensel ve tek tanrılı dinlerin doğum yeri olmuştur. Adı geçen dinler ve bu dinlere ait mezhepler birbirleriyle sürekli mücadeleye girmişlerdir. Bu mücadeleyi fırsat bilen ve sürekli olarak da kıskırtan emperyalist güçler, bölgeyi ve bölgede bulunan kaynakları kontrol altına almak için bölgedeki dengeleri kendi haksız çıkarları için dengelemeye çalışırken, böl-

(1) Mısır Krallığı başta olmak üzere, Pers, İskender, Roma, Bizans, Selçuklu, Abbasi, Emevi ve Osmanlı devletleri ve imparatorlukları bu bölgede kurulup, bu bölgede mücadele etmişlerdir. Bölgedeki siyasi mücadeleyi kaybeden yıkılmaktan kurtulamazlar. Bkz. M. Erendil, Çağdaş Ortadoğu Olayları, Ankara 1992ssf. 25-27.

genin dengesini daima bozmaktadırlar.

Dünya petrol rezervlerinin üçte ikisine sahip olan Ortadoğu, bu özelliği ile, bölge devletlerine ve bölgeye hakim güçlere büyük avantaj ve ekonomik üstünlükler sağlayan, buna karşılık da özellikle bölge ülkeleri için bir çok sorunu da beraberinde getiren bir çelişki diyarır.

20.yüzyılın başından beri ve özellikle Osmanlı İmparatorluğu'nun zorla parçalanmasıyla ortaya çıkan ve günümüzde de yaşanan ortadoğu'daki sorunlar ve mücadeleler, emperyalist güçlerle Ortadoğu'daki milletlerin egemenlik mücadelesinden daha çok, Ortadoğu'daki kaynakların, bilhassa petrol ve doğalgaz gibi enerji kaynaklarının paylaşılmasından ya da paylaşılmasından kaynaklanmaktadır. (2).

Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri /ABD, Jeo-stratejik konumu ve sahip olduğu zengin petrol ve doğalgaz yatakları dolayısıyla, Ortadoğu'yu ulusal güvenliği ile bağlantılı hale getirmiştir.

Başkan NIXON, "ABD'nin ve tüm özgür dünyanın Ortadoğu'daki çıkarları, bu bölgedeki barışın herhangi bir ülke tarafından ihlâl edilmemesine bağlıdır. Herhangi bir gücün, Ortadoğu'da hâkim bir duruma gelmek istemesi; bölgedeki uyuşmazlıkları ve siyasî gerginlikleri şiddetlendirecektir. ABD ve Batı ülkelerinin güvenlikleri bundan olumsuz yönde etkileneceklerdir. Bu nedenle ABD, bir başka gücün Ortadoğu'da hâkim duruma gelmesine rıza göstermeyecektir." diyerek, ABD'nin Ortadoğu'ya ilişkin ulusal hedeflerini açık bir şekilde ortaya koymuştur. (3).

ABD'nin bu tehditvâri politikaları, buna uygun yol izlemeyen birçok lider ve hükümetin yolunu tıkamıştır. 1990'ların son beş yıllık dönemine girdiğimiz bu günlerde Ortadoğu'daki hâkim faktör ABD ve onun belirlediği politikalaradır.

Bu hakimiyet, tüm Ortadoğu ülkelerinde olduğu gibi, Türkiye'nin de bölgedeki durumunu yakından etkilemektedir. Çıkarlarını, alternatif ve olanaklarını kısıtlamakta ve harekât alanını sınırlamaktadır. Bu nedenle, nasıl ki, Osmanlı

(2) Bu konudaki geniş bir inceleme için bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Uluslararası İlişkiler Işığında ORTADOĞU: Parçalanmak istenen Topraklar ve İstismar Edilen İnsanlar, Ankara, 1995.

(3) 1991'de Körfez Savaşını yapan Başkan Bush ve Dışişleri Bakanı J. BAKER de, "Ortadoğu petrol rollerinin dost ellerde bulunduğu ve güven içinde Batı pazarlarına ulaştı takdirde güven içinde olacaklarını" vurgulayarak, "Bölgede petrol üreten ülkelerin ABD ile dost olmak zorunda olduğu ve ABD ile Batı'ya karşı bir tutum ve davranış içine giremeyeceklerini" belirterek, ABD'nin değişmez Ortadoğu politikasını bir defa daha teyit etmişlerdir. Bu konuda bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Pterlo Strateji/ Petrole Dayalı Politikalar, Nisan 1995, İstanbul: Ortadoğu, sf. 167-182 ve orada adı geçen doğu kaynaklar.

İmparatorluğu toprak bütünlüğünü korumak için denge politikası uğruna, bazen Batılı güçlerin bazen de Rusya'nın isteklerini dikkate almak zorunda kalmışsa; Türkiye Cumhuriyeti de özellikle soğuk savaş döneminde Sovyet sınırlarından emin olmak ve güvenlik endişesi nedeniyle, Batı'nın ve bilhassa ABD'nin paralelinde bir dış politika izlemek zorunda kalmıştır (4).

Dünyadaki genel durum ve konjektörüyle göstermektedir ki, güç dengelerinde büyük bir değişme olmadıkça, bundan sonra da Ortadoğu'daki hâkim faktör /başat unsur ABD olacaktır. ABD olmadan Ortadoğu'daki politikaların belirlenmesi pek de kolay olmayacaktır.

Bilindiği gibi sanayileşmiş ve güçlü devletlerin stratejik çıkarları, ülkesinden uzakta da olsa ekonomik menfaatlerini ilgilendiren hammadde kaynaklarının bulunduğu bölgeleri denetlemeyi ve nüfuz bölgesinde bulundurmaya gerektirir. Bugün, Kafkaslar'da, Ortaasya'da, Balkanlar'da kısacası tüm Ortadoğu'da oynanan oyunun temelinde bu prensip yatmaktadır. Bu emperyalizmin tarihsel süreç içindeki gelişimine de uygundur. (5).

Günümüzde Ortadoğu, Jeo-stratejik konumu, petrol kaynakları, doğalgaz zenginliği, su kaynaklarının kıtlığı; dîni, etnik ve ideolojik uyumsuzlukların doğal sonucu olarak sürekli bölgesel savaş ve çatışmaların, acımasız ve insafsız terörizmin, silah ve uyuşturucu kaçakçılığının rol oynadığı bir bölge durumundadır.

Petrol gelirleriyle dünya silah alım ve satımının en çok yapıldığı, bu konularda devasa miktarda paraların döndüğü ve / veya döndürüldüğü bir bölge olarak, dünyanın en sıcak odak noktalarının başında gelmektedir.

Ortadoğu'yu hedef haline getiren stratejik olguların başında, bölgenin jeopolitik ve jeo-stratejik durumu önemli rol oynamaktadır.

Asya Avrupa ve Afrika'yı birleştiren tüm karayollarının düğüm noktası, bu bölgede olup; üç kıtaya uzanan demiryolları bölgeden geçer. Ortadoğu, üç kıtayı birleştiren havayollarının keşişim noktasında bulunur.

Dünyadaki tüm güç merkezlerini ilgilendiren su yolları ve geçitleri, Ortadoğu'dan kontrol edilebilir. Hazar Denizi, Karadeniz, Akdeniz, Kızıl Deniz, Basra Körfezi'ni birbirine bağlayan su yolları ve geçitleri bu bölgededir. Atlantik'in Hint ve Pasifik Okyanusları'na bağlanması bölgedeki bu yollar ve ka-

(4) Bkz. H. ULMAN, Dış Politikaya Yön veren Etkenler F(1923-1968), SBFD, C. 23. s. 3, Ankara 1968, sf. 241-273.

(5) Emperyalizmi ve felsefesi için bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Uluslararası İlişkiler Ankara, 1993, SF. 1-110.

nallar üzerinden olur. Beş deniz çevresindeki ülkelerin ticareti bu yollar üzerinden yapılır.

Dünyanın en stratejik maddesi olan petrol ve doğalgazın çoğunun bu bölgede olması yanında, Batı pazarlarına en kısa yoldan akışı da bölgenin kendi üzerindeki ve ileride yapılacak pipe-line/ boru hatları ile olmaktadır / olacaktır.

Bilindiği gibi, jeo-politiğin temel kavramı "mekan"dır. Ortadoğu'da dünya dediğimiz mekanın merkezinde bir menteşe gibidir. Sahip olduğu stratejik özellikleri nedeniyle de dünyadaki mevcut güç odaklarının menfaat/ özellikle haksız bir çıkar alanıdır.

Ortadoğu, sadece coğrafi konumu nedeniyle değil, özellikle Arap Yarımadası ve çevresindeki petrol ve doğalgaz nedeniyle stratejik önem kazanmıştır. Çünkü, petrol kaynaklarını elinde tutan ülkeler, kendi durumlarını güçlendirirken rakiplerini de aynı ölçüde zayıflatmış olurlar.

Bu nedenle tarihsel süreç içinde İngiltere, Fransa, Sovyetler/ Rusya ve ABD, Ortadoğu'nun petrol kaynaklarını kendi kontrollerinde bulunduracak şekilde bölgeyi kendi nüfus sahaları içinde tutmaya çalışmışlardır. Bölgedeki doğalgaz kaynaklarının varlığı bölgenin önemini bir kat daha arttırmıştır. Günümüzde ve gelecekte petrol ve doğalgaz, dünya ekonomisi ve sanayisi için vazgeçilmez derecede önem kazanmıştır. Batılı ülkeler, petrol gereksinimlerinin % 60'ını bu bölgeden karşılamaktadır.

Bölgedeki ülkelerin çoğu, özellikle petrol ihracatçısı ülkeler, sosyal, politik, ekonomik, askerî ve kültürel açıdan az veya çok ama kademe kademe büyük güçlerin etkisi altındadır.

Bu etki ve büyük devletlerin çıkar çatışmasından kaynaklanan tehikeli durum, içişlerin karşına, bölücülük ve terörizm, su savaşları senaryosu gibi yeni yeni uyuşmazlıklar üretilerek, artırılacak ve yeni boyutlar kazanmaya devam edecektir. Bölücü faaliyetler ve uyuşmazlıklar tahrik edilerek, bölgede etkin duruma gelmek isteyen devletler susturulacak ve önleri kesilecektir.

Birinci ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra petrol, Ortadoğu bölgesinde bölge sınırlarını aşan, bölgedeki devletlerin gerek kendi iç ilişkilerini ve gerekse uluslararası ilişkilerini etkileyen ve uluslararası alanda askerî-politik gerilimler, hükümet darbeleri ihtilâller ve kanlı girişimlerin yanında Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi ülkeleri ve devletleri parçalayan bir odak noktası olmuştur. (6).

(6) BKZ. H. N. HOWARD, *The Partition of Turkey; A Diplomatic History, 1913-1923*, New York, 1999; M. KOCAOĞLU, *Petro-Strateji*; H. ULUBAY, *İmparatorluktan Cumhuriyete Petropolitiki*, Ankara, 1995; L. MOSLEY (Çev. H. İNAL), *Petrol Savaşları*, İstanbul 1975; R. KARADAĞ, *Petrol Fırtınası*, İstanbul 1990; D. YERGIN (Çev.: K. TUNCAY), *Petrol: Pata ve Güç Çatışmasının Epik öyküsü*, Ankara 1995, I? GİRİŞLİ, *Kara Altın Kavgası*, İstanbul 1978.

Sanayileşmiş ülkelerin de emperyalist güçlerin vazgeçemeyeceği sektörlerden biri de silah üretimi ve silah ticaretidir. Günümüzdeki silahlanma sürecinde dünyanın en verimli bölgesi, Ortadoğu'dur (7).

Silahlandırmanın biri ticari ve öteki de hakimiyet kurmak gibi iki yönü vardır. İlkinde kâr etmek ya da kazanmak temel öge iken, ikincisinde silah alanların satanlara bağımlı kalmasının zorunlu bir sonucu olarak, bölgede güçlü ülkelerin ya da emperyalist güçlerin çıkarlarını koruyacak yapının oluşturulması amaçlanmaktadır. Bunun sonucu olarak, dünyadaki silah sektörü, Ortadoğu ülkelerini sürekli olarak silah alma isteminde bulunacak şekilde uyarmakta, ülkeleri birbirleriyle, komşularıyla çatıştırmaktadır. Nitekim, 1980'lerden sonra ortaya atılan, sürekli yazılıp çizilen hayali su savaşları senaryoları üretilmektedir (8).

Bunun sonucu olarak 1960'lardan sonra Ortadoğu ülkelerinin askeri harcamaları sürekli artmaktadır. Böygeyi silahlandırma çabalarının altında , pazarlık gücü oluşturma, kendi ideolojisini yaygınlaştırma, rakip tarafları silahlanma yarışına itme ve sonuçta da savaşı kazanma gibi üstünlük girişimleri sergilenmektedir. Öte yandan da dünya emperyalist sistemini oluşturan güçlerin, bazı ülkeleri silahlandırıp güçlendirerek, emperyalist politikalarını uygulayacak bölgesel dostlar, ya da kontrol edilebilir ortaklar/ partnerler yaratmaya çalıştıkları gözardı edilmemelidir (9).

Silahlanma, Ortadoğu'daki uyuşmazlıkların nedeni değil, bir sonucudur. Temel sorun, silahın ve ticaretinin bir ekonomik sömürü aracı olarak kullanılmasıdır. Ortadoğu'daki silahlanmayı neden olarak görmek, kapitalist sistemin yarattığı çelişkileri ve sömürü düzenini görmemek olur. Bu nedenle, tüm Ortadoğu'nun barış ve güvenliği, bölge ülkelerinin işbirliği içinde birleşerek, "bölgedeki emperyalist sömürüye son vermekten geçer." Ancak, Ortadoğu'da

(7) Bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Ortadoğu : sf. 202-216; Y.G.. YILDIZ, "Ortadoğu'da Silahlanma ve Militanizm", Su Sorunu, Türkiye ve Ortadoğu (ed. S. ŞEN), İstanbul 1993; G. AYDAN, "Ortadoğu'da Silahların Denetimi" , Su Sorunu, Türkiye ve Ortadoğu, İstanbul 1993, sf. 227-239.

(8) Malesef, Ortadoğu'daki her uyuşmazlık ve çatışma , bölgedeki silah talebini artırmış; artan talep, silah tüccarlarınca derhal değerlendirilerek, ülkeler yönlendirilmiştir. Silah tüccarları ve onların mensubu olduğu ülkeler tarafından, Balkanlarda, Kafkaslarda, İran'da, Irak'ta, İsrail'de, Lübnan'da kısacası tüm Ortadoğu'da çatışan güçler kendi haksız çıkarları doğrultusunda desteklenmişlerdir/ desteklenmektedirler. Silah satımındaki karaborsa mekanizması da oldukça etkin rol oynamaktadır. 1980-88 İran-İrak Savaşında bölgedeki silah satışı dünya silah satışının % 25'inin geçmiş ve 27 milyar dolarlık satış gerçekleşmiştir. Bkz. M. H. CAŞIN, Çağdaş Dünya'da Uluslararası Güvenlik Stratejileri ve Silahsızlanma, Ankara 1995, sf. 318 vd.

(9) Nitekim, 1979'da Sovyetlerin Afganistan'ı işgali ile İran Devrimi, ABD'nin gözönünü açarak, petrolün Batı pazarlarına akışını önlemeye bölgedeki ortak patnerlerin yetmiyeceğini, ABD çıkarlarına yapılacak saldırıyı önleyecek Acil Müdahale ya da Hızlı İntikal Kuvvetinin / Rapid Deployment Force gerekliliğini ve kurulmasını da güncelleştirmiştir. Daha sonra bu güç kullanılmıştır. Bkz. Y.G. YILDIZ, Ortadoğu'da Silahlanma ve Militanizm isimli makede, sf. 155-156.

öyle bir yapı ve düzen oluşturulmuştur ki, bunun gerçekleşmesi imkânsız denecek derecede zor'dur.

Çünkü, Ortadoğu'daki siyasi birimleri oluşturan devletlerin sadece resimleri değil, tarihsel geçmişleri, idealleri, beklentileri de çok farklıdır. Mutlak monarşilerden, çağdışı şeyhliklere, demokratik cumhuriyetlere kadar karmaşık yönetim biçimleri yanında, Müslümanlık, Hıristiyanlık ve Musevilik gibi tek tanrılı dinlerin birbirleriyle mücadelesi yetmezmiş gibi, bu dinlerin kendi içindeki mezhep çatışmaları, Müslümanlık içindeki mezhep ayrımı ve sürtüşmeleri emperyalist güçler tarafından kendi çıkarları için bir çatışma vasıtası olarak kullanılmaktadır (10).

Ortadoğu bölgesinde su kıt ve kaynaklar yetersizdir. Bu nedenle Türkiye-Suriye-Irak, Suriye-İsrail-Ürdün-Filistin, Mısır-Sudan gibi ülkeler arasında gittikçe önemini artıran bir su sorunu, yakın gelecekte Ortadoğu bölgesinin gündem konularından en önemlisini teşkil edeceği üzerinde birleşilmektedir.

Çünkü Ortadoğu, dünyanın su yoksulu bölgelerin başında gelmektedir. Mevcut kaynaklar, hızla artan nüfus ve kentleşme, artan nüfusa yeni işi ve aş olanakları bulmak için çölün ve çorak arazilerin elverişsiz olduğu halde tarıma açılması, bilinçsizce ve çağdaş teknolojiye aykırı bir biçimde sulama tekniklerinin kullanılması yüzünden gittikçe daralmaktadır. Bilim adamları ve teknokratlar, 2000'li yıllara girildiğinde Ortadoğu'daki pekçok ülkenin 1970'li yıllarda sahip oldukları suların yarısına sahip olacaklarını, Buna karşı su ihtiyacının iki misli artabileceğini hesaplamaktadırlar.

1990'da 320milyon civarında olduğu tahmin edilen Ortadoğu'daki bölge nüfusunun 2.8'lik artış hızıyla 2000'lere girildiğinde 420-450 milyon civarında olacağı tahmin edilmektedir. Sadece bu tahminler bile, Ortadoğu'daki bir su krizinin / su sorununun habercisi olduğunu göstermektedir.

İşte araştırmamızın bundan sonraki kısmında Ortadoğu'daki su sorununun bazı boyutlarını, bölgedeki su sıkıntısının gerçekten var olup olmadığını, Ortadoğu su sorunlarının fiziksel, hukuksal ve siyasal boyutlarını, Fırat ve Dicle'nin konumunu ve uluslararası hukuk açısından durumunu, su sorunları karşısında Türk Dış Politikasını ve Türkiye'nin bu konudaki açmazlarını incelemeye çalıştık. Böylece, kamuoyunun son zamanlarda oldukça ilgisini çeken bu konuda, gerçek durumu yansıtmayı amaçladık.

(10) Ortadoğudaki uyumsuzluklarda dinsel etkenlerin rolü için bkz. A.M. KOCAOĞLU, Ortadoğu, sf. 217-224; S. HUNTINGTON, Conflict of Civilization, Foreign Affairs, 1993, No. 3; Ş. ELEKDAĞ, Batı Politikasında Dinsel Boyut, 4. Aralık 1994, Milliyet.

II - ORTADOĞU BÖLGESİNDE SU KİT VE KAYNAKLAR YETERSİZDİR

Ortadoğu'daki su sorununu ele alan çalışmaların büyük çoğunluğu, konunun karmaşıklığı ve tarafların uzlaşmaz görünen menfaat ve tutumları karşısında çözümsüzlük ve çatışma ihtimali çerçevesinde yoğunlaşmaktadır.

Bölgedeki su sanlaşmazlıklarının savaş nedeni olabileceği yolundaki yorumlar, özellikle kitle iletişim araçlarında sık sık ön plâna çıkarılmaktadır. Söz konusu sorunun fiziki, coğrafi ve teknik-ekonomik boyutlarının yanısıra, siyasi boyutlarıyla da son derece önem taşıyan bir konu niteliğinde olduğu gözardı edilemez.

Bölgede su sorunun ortaya çıkmasına yol açan faktörlerin başında, su kaynaklarının yetersizliği gelmektedir. Bu yetersizliği, hızlı nüfus artışı ve kentleşme, çorak ve çöl arazilerinden yeni yeni alanların tarıma açılması, bilinçsiz ve çağdaş teknolojiye uygun olmayan sulama tekniklerinin kullanılması, bölge ülkeleri arasındaki politik ihtilaflar nedeniyle bu konuda bir işbirliği anlayışının geliştirilememiş olması daha da arttırmaktadır (11).

Türkiye ile Suriye ve Irak arasında 1980'lerden sonra giderek şiddetini artıran bir diplomatik savaş yaşanmaktadır. Bu savaşta Irak ve Suriye'nin kullandığı en önemli silah, dünya ve özellikle Arap kamuoyu yanlış bilgilendirme/ dis-Information'dur.

Irak ve Suriye "suyumuzu bulandırmayın" diye sudan bahanelerle bir taraftan savaş nâraları atarken, öte yandan da su bakımından oldukça zengin bir ülke olan Türkiye'nin konuya olumlu yaklaşmayarak Arapları susuz bıraktığı tezi haksız şekilde işlenmektedir.

Halbuki Türkiye, Ortadoğu'daki su sorununu bölgeye has, komşulararası görüşmelerle çözümlenecek bir mesele olarak değerlendirmektedir. Konunun ne uluslararası alanlara taşınmasına, ne de tamamen kendi topraklarından beslenen Fırat ve Dicle sularının uluslararası sular kapsamına alınmasını istiyor.

(11) Ortadoğu ülkelerinin hemen tamamına yakın kısmında tarım hala başat sektör olup, çalışan nüfusun büyük kısmına istihdam sağlamaktadır. Bölgedeki suyun yaklaşık % 80'ine yakın kısmı da tarım sektöründe sulama için kullanılmaktadır. Petrol zengin ülkelerini pek çoğu, çöl ve çorak arazilerin büyük kısmına tarımsal amaçlı sulama için büyük yatırım yapmışlardır. Dolayısıyla, bölgede suya olan ihtiyaç giderek azalırken su kaynakları da tükenmeye yüz tutmaktadır. Bu nedenle bölge ülkelerin çoğu su sorunu nedeniyle gelecekte ekonomilerinin yıkımına uğrayacağı, açık sorunuyla da karşılaşacakları, zayıf olan sanayi sektörlerinin de etkileneceği, büyüyen ekonomik sorunlar nedeniyle bölgedeki rejimlerin geleceklelerinin tehlikeye gireceği endişesine kapılmaktadırlar. Su sorununu, kaynaktan kit ülkeler, bir ulusal güvenlik sorunu olarak değerlendirmektedir. Bkz. M. KOCAOĞLU Ortadoğu, sf. 183.

Bunun yanında Türkiye, karşı tarafın haksız ve yanlış olarak belirttiği gibi bölgede su zengini bir ülke olmadığını, özellikle yaz aylarında bilhassa batı bölgelerindeki en verimli toprakların dahi sulanamadığını vurgulamaya çalışmaktadır (12).

Gerçekten Türkiye, Ortadoğu'daki birçok ülkeye göre yeraltı ve yerüstü kaynakları bakımından şanslı bir ülke sayılırsa da, bazı ülkelerin ve çevrelerin kasıtlı olarak ileri sürdükleri gibi öyle su bakımından çok zengin bir ülke değildir. Hele hele 21. yüzyılda Ortadoğu'nun bir "su imparatoru" olacağını kabul etmek tamamen mevcut gerçeklere aykırıdır (13).

Öncelikle bir ülkenin su zenginliği, kişi başına düşen yıllık su tüketimi ile ölçülmektedir (14). 500-2000 metreküp tüketim normal, bunun üstü zengin, altı ise yoksul olarak kabul edilmektedir. Bu kabul, dünyadaki mevcut kaynakların durumu dikkate alınarak yapılmaktadır. Aslında bir ülkenin su zengini sayılabilmesi için, kişi başına düşen kullanılabilir su miktarının 10.000 metreküpten fazla olması gerekir.

Türkiye'nin yıllık ortalama su potansiyeli 186 milyar metreküp düzeyindedir. Bu kapasitenin tüketim için kullanılmaya uygun bölümü 110 milyar metreküptür. Türkiye'nin nüfusu 60 milyon olarak kabul edildiği anda, kişi başına düşen kullanılabilir yıllık su miktarının 1830 metreküp civarında olduğu ortaya çıkar (15).

1990 yılı itibariyle, Kanada'da kişi başına düşen su potansiyeli 12.000 metreküp, ABD'de 10.000 metreküp, Irak'ta 5.500 metreküp, Türkiye'nin Güneydoğusun'da 4000 metreküp, Suriye'de 1800 metreküp, Mısır'da 1100 metreküp, İsrail'de 460 metreküp, Ürdün'de 260 metreküp olduğu belirtilmiştir.

Sözkonusu rakamlar, mutlak kesin rakamlar olmamakla birlikte, bugün dahi Filistin, Ürdün ve İsrail'de ciddi bir su sıkıntısı olduğu, Suriye ve Mısır'ın durumu şu anda kurtardığı, Irak ve Türkiye'nin sadece Güneydoğusu dikkate

(12) Buna karşılık Irak ve Suriye, Arap ülkelerini de yanlarına alarak "Hem suyumuz yok diyorsunuz ve hem de Barış Suyu Projesi (BSP ile su satmak istiyorsunuz" diyerek, karşı atığa geçmektedirler. Bilindiği gibi SBP'ni engelliyenlerde başta Suudi Arabistan olmak üzere yine kendileridir. BSP için finansman sağlamaya yanaşmadıkları gibi, zaman zaman İsrail'i de yanlarına alarak bir "karşı bu lobisi" oluşturmaya çalışmaktadırlar. Mzk. M. GÖKÇİN, "Sudan Bahane" istemiyoruz, Aksiyon Dergisi, 20-26 Mayıs 1995, Yıl: 1, S: 24, Sf. 8.

(13) Nitekim, bu konularda araştırmalar yapan ünlü ABD mühendislik-Müteahhithlik firması BROWN and ROOT Ortadoğu bölgelerine ilişkin hazırladığı bir fizibilite raporunda Türkiye'nin su konusundaki zenginliğini oldukça abartmıştır. Bkz. Ö. BERK, "Güvensizlik Kurbanı: Ortadoğu Barış Suyu Projesi", Ayna Dergisi, 1993, Güz Sayısı.

(14) Bkz. O. TIRYAKI, Sınır Aşan Sular ve Ortadoğu'da Su Sorunu, İstanbul, 1994, sf. 57-59; J. BULLOCH-A. DARWISH (FBULLOCH-DARWISH) Water Wars: Comin Conflicts in the Middel East, London, 1993, Türkçesi: Su Savaşları, İstanbul, 1994, sf. 161-176.

(15) Bkz. Dışişleri Bakanlığının "Ortadoğu'da Su Sorunu", Ekim 1994 Ankara, Kitapçığı, sf. 4-5.

alınırsa ihtiyaçtan fazla suyu olduğu intıbaı verilmektedir.

Halbuki , Türkiye'de kiři başına dűřen kullanılabilir su miktarı dikkate alınırsa, ABD ve Kanada gibi zengin ¼lkelerin beşte biri kadar bir su ile yetinmek zorundadır.

Türkiye'nin su zengini ve su fazlası olduğu yanlış izlenimi, su kaynaklarının henüz ihtiyaçlar ölçüsünde kullanılmamasından kaynaklandığı açıktır. Tüketim için kullanılmaya hazır 110 milyar metreküplük kapasitenin günümüzde yaklaşık 26 milyar metreküplük kısmının fiilen kullanılması, kalan 84 milyar metreküplük kısmının ihtiyaç fazlası olmasından değil, henüz bu miktarın ihtiyaçların karşılanmasında kullanılmamasından kaynaklanmaktadır (16).

Dünyanın bazı su zengini ¼lkeleri ile Ortadođu ¼lkelerinin bazılarında 1993 ve 2020 yıllarında kullanılmaya elverişli su miktarını dipnotta veriyorum (17). Bu tablonun karşılaştırılmasından açıkça anlaşılacağı gibi, su konusunda durmadan sesini yükselten ve Suriye ile işbirliği yapan Irak'ta kiři başına dűřen su miktarı Türkiye'de dűřenden çok fazla olduğu gibi, Suriye'ninki de Türkiye'den oldukça dűřük bir seviyede değildir. Kısacası ve özetle, Türkiye'nin öyle, Ortadođu'daki diğer ¼lkelerin ihtiyaçlarını istedikleri biçimde karşılayacak kadar bol suyu bulunmadığı açıktır.

Ortadođu ¼lkeleri yeterli suya sahip olmamanın yanında mevcut kaynaklardan en rantabl biçimde faydalanma konusunda farklı dűřündükleri için, paylaşmayada tahsis konusunda uyuřmazlıđa dűřmektedirler.

Örnek olarak, dokuz ¼lkenin topraklarından geçen Nil sularının paylaşımı konusunda Mısır, Sudan ve Etopya arasında da ciddi anlaşmazlıklar mevcuttur. Ürdün, İsrail, Filistin, Suriye ve Lübnan için çok önemli bir su kaynağı olan "Şeria Nehri" fiilen İsrail'in kontrolü altındadır.

Başlangıçta nehrin bir yatağına sahip olan İsrail, Golan Tepeleri'ni 1967 savaşında işgal ederek ve daha sonra Güney Lübnan'da güvenlik bölgesi oluşturarak Şeria'nın tüm yataklarını ele geçirdi. Gazze ve Batı Şeria'daki suları yıl-

(16) Türkiye'de su konusunda meşhur ve marif birsöz vardır. "Su akar, deli bakar", Maalesef , 1960'lara kadar akan suya hep bakmışız. bu tarihten sonra Keban, Karakaya, Atatürk Barajları ve GAP Projesi ile sularımızı yönlendirmeye ve kontrol altına almaya başladık. İşte, Ortadoğudaki su sorunları da ortaya çıkmaya başladı.

(17) ÜLKELEER YILLAR: 1993/2020

ABD/Kanada	10.000/8000	m3
Irak	2.110/950	m3
Türkiye	1.830/980	m3
Suriye	1.420/780	m3
İsrail	300/150	m3
Ürdün	250/90	m3
Filistin	100/40	m3

Bkz. Dışişleri Bakanlığı, Ortadoğu'da Su Sorunu, sf. 5. tablo 1.

lardan beri kendi ihtiyaçları için bölge ihtiyaçlarını dikkate almadan kullandığından dolayı Filistinliler'i susuzluğa mahkûm etmektedir (18).

Bölgede önemli bir su havzası olan "Fırat ve Dicle" nehirlerinden faydalanma konusunda Türkiye, Suriye ve Irak'ın çekişmeleri sürmektedir. Bölgedeki su, gelecekte bugün olduğundan daha büyük boyutlarda karşımıza sorun olarak çıkacaktır? Çünkü Suriye ve Irak, GAP olarak adlandırılan Güneydoğu Anadolu Projesi içindeki baraj ve sulama tesislerinin tamamlanmasıyla adı geçen nehir sularını Türkiye'nin kontrol edebilme olanağına kavuşacağı için, kendilerine yeterli su vermeyeceğinden korkmaktadırlar. Ayrıca, Türkiye'nin suyu kendilerine karşı bir politik ve ekonomik baskı aracı olarak kullanacağını zannetmektedirler. Bundan da oldukça tedirgin olmaktadır.

Bu tedirginlik esasen birçok istikrarsızlıkları bünyesinde toplamış olan Ortadoğu'daki politik durumu daha ciddi hale getirmekte ve daha çok gerginleştirmektedir. Dolayısıyla Türkiye, Fırat ve Dicle nehirlerinin suları nedeniyle de Ortadoğu'da ve dünyada önemli bir ilgi odağı haline gelmektedir.

III - ORTADOĞU'DA SINIRAŞAN SULARA GENEL BAKIŞ

1 - SINIRAŞAN SULAR KONUSUNDAKİ ULUSLARARASI NORMLAR KESİNLEŞMEMİŞTİR

Sınıraşan sular / Trans boundry rivers terimi, iki veya daha çok ülkenin sınırlarını aşarak başka ülke topraklarından deniz veya göllere ulaşan nehirleri ifade eder. Fırat ve Dicle nehirleri mutlak mânâda sınıraşan sular olup, sınır oluşturan nehirlerde olduğu gibi, uluslararası su kavramına girmez. Gerçi , Fırat ve Dicle nehirlerini uluslararası su kapsamına sokmak isteyen hukukçular varsa da suların kullanma hakkı nedeniyle devletlerin egemenliği ön plana çıkar.

Sınıraşan sularda özellik şudur: Önce sular bir devletin ülkesinde ve ülkenin topraklarında oluşuyor. Bu sular o ülkede belirli bir mesafe katederek ve katettiği hazvanın da sularını toplayarak diğer ülkenin sınırlarından içeri giriyor. O ülkede de aynı işlemler devam ederek varsa bir başka ülkenin sınırlarından içeri giriyor ve bu işlem böyle devam ediyor. Fırat Nehri'nde olduğu gibi. Fırat önce Türkiye'den doğuyor. Doğu ve Güneydoğu Anadolu'nun sularını da kendine katarak önce Suriye ve daha sonra da Irak topraklarını katederek Basra Körfezi'ne dökülür.

Bu tip sınıraşan sularda kullanma ve yararlanma hakkı sözkonusu olunca,

(18)Bkz. O. TIRYAKI a.g.e s 60.

uluslararası hukuk, "her devlete kendi ülkesinde bulunan sular üzerinde mutlak egemenlik hakkı" tanımaktadır. Yani iyi niyet ve hakkaniyet ölçülerini gözardı etmeden sınıraşan sularda öncelikli kullanma hakkı suyun bulunduğu ülkeye aittir (19). Fiili durum'da böyle olmaktadır.

Ancak, sınıraşan sularda kullanımı belirleyen kapsamlı ve bağlayıcı uluslararası hukuksal kurallar henüz oluşmamıştır. Uygulama ve literatürde ortaya atılmış bazı prensipler gelecekteki oluşumlara ışık tutabilir. Bunlar Mutlak hükümlerlik/Absolute Sovereignty, mutlak bütünlük/ Absolute Integrity, Karşılıklı haklar / Correlative Rights ve uluslararası suların ortak idaresi ilkeleridir (20).

Mutlak Hükümlerlik ilkesi: Çok katı bir kural olup, ülkesindeki sular bakımından her ülke, diğer ülkelere vereceği suya bakılmaksızın her türlü kullanım hakkına sahiptir. Uluslararası ilişkilerde de çok fazla rağbet görmemiştir.

Mutlak bütünlük ilkesinde Nehir sularının doğal miktar ve kalitesini değiştirecek her türlü faaliyet yasaklanmaktadır. Ortadoğu'daki aşağı bölgelerde bulunan ülkeler, Mısır, Suriye, Irak, Bangladeş gibi ülkelerin tutumu buna yakındır.

Sınırlı Bölgesel Hükümlerlik/ Restricted Teritorial Sovereignty ilkesi ise, sınıraşan sular kullanırken, devletlerin diğer devletlere zarar vermemesini savunmaktadır.

Karşılıklı haklar ilkesine göre, su kaynağından yararlanılabilecek miktar, kaynağın verimli bir şekilde kullanılması ve diğer ihtiyaç sahiplerinin yararlanması ile sınırlıdır. Kısacası, verimli ortak kullanım esas alınmaktadır.

Suların Ortak İdaresi ilkesi ise sınıraşan suların ülkeler arasında hakkaniyet dahilinde kullanılmasını öngörmektedir. Sınıraşan nehir ve kollarının havzaları içinde bulunan ülkelerin, nehir üzerinde ortak bir yönetim kurmalarını destekleyen projeler ve bu projelere tahsis edilmek üzere maddi katkılarda bulunmaları yolu ile ülkelerarası işbirliği teşvik edilmektedir.

Sınıraşan sularla ilgili düzenleme çalışmaları 1950'lerden sonra başlamış ve günümüzde de sürdürülmektedir. Bu arada Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün, Uluslararası Hukuk Derneği /International Law Association'nin, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarını zikretmek mümkündür (21).

(19) Bu konudaki bir inceleme için bkz. H. PAZARCI, Su Sorununun hukuksal Boyutları, Yeni Forum, Eylül 1994, sf. 46-51.

(20) Bu ilkelere için bkz. N. AKMANDOR, Su Sorununun Fiziksel Boyutları, Yeni Forum , Eylül 1994, sf. 39-40.

(21) bu konuda bkz. N. AKMANDOR sf. 40-41.

Uluslararası Hukuk Derneği 1966'da sınıraşan sular konusunda havza sularının hakça/Equitable ve mâktû/Reasonable bir şekilde kullanılması gerektiğini belirtmiştir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu 1959 yılından beri bu konu üzerinde çalışmaktadır. 1991'de hazırladığı bir raporda sınır aşan sular konusunda bazı genel prensipler getirmiştir. 5, 6 ve 7 maddesinde getirmiş olduğu ülkeler, Türkiye'nin Fırat ve Dicle havzaları ile ilgili üç aşamalı planına da ışık tutmuştur.

Öncelikle Komisyon, sınıraşan suların öyle gelişigüzel paylaşılacak bir meta olmadığını, "hakça, makûl, akıllı v eoptimum yarar sağlayacak biçimde kullanılması gerektiğini vurgulamıştır. Suyun rasyonel ve israfa yol açmayacak şekilde kullanılması esası kabul edilmiştir.

Hakça, akıllı ve optimum biçimde kullanılırken, göz önüne alınabilecek ölçütleri / kriterleri de göstermiştir. Bunlar: Bölgenin nüfusu, iklimi, alternatif su durumu, gelişmişlik düzeyi, teknolojik imkânlar, sosyo-ekonomik ihtiyaçları karşılama durumları, v.s.

Ayrıca, kıyıdaş ülkelerin birbirlerine kayda değer zarar/ appreciable harm verecek zararlardan kaçınmaları, karşılıklı işbirliği çerçevesinde bilgi alış-verişinde bulunmaları önerilmiştir. Bu öneriler menba tarafı dediğimiz yurtdışındaki ülkelere benimsenirken, mansab taraf olan aşağıdaki ülkelere benimsenmemektedir.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, Aşağı kıyıdaş devletin kazanılmış haklar, ya da Irak'ın Dicle ve Fırat havzasının Mezopotamya olması döneminden beri bu suları kullandığı dolayısıyla Kadim hakları olduğu iddiasını kabul etmemektedir. Ancak, bu durum hakça kullanım çerçevesinde dikkate alınabilir (22).

BM Hukuk İşleri Komisyonu'nun 1995 yılı içinde hazırlanmış olduğu sınıraşan sularla ilgili taslak metin, devletlerin görüşüne sunulmak üzere 1996 Temmuzunda Genel Kurul'a sunulacaktır. Yakın gelecekte, bu konuda bir anlaşma olması ihtimali kolay gözükmemekle birlikte, çok zor da değildir. Çünkü, taslak metnin birçok hükmü, birçok devlet tarafından kabul görmüştür.

Dolayısıyla, sınıraşan sular konusunda iyi komşuluk, önemli zarar vermeme, egemenlik hakkının kullanımı gibi temel hükümler üzerindeki Devletlerin genel kabulüyle anlaşma hayata geçirilebilir.

2 - ORTADOĞU'NUN BAŞLICA SU KAYNAKLARI VE HAVZALARI

a. NİL NEHRİ HAVZASI

Bu havza Türkiye ile yakından ilgili olmamakla birlikte, Mısır'ın tutumunu belirleme bakımından önemlidir. Çünkü Mısır Mansab yani aşağı kıyı ülkesidir. Bu bakımdan Suriye ve Irak'ın görüşleriyle aynı paralelde düşünmektedir. Fırat ve Dicle suları konusunda da haklı ve haksız olduğuna bakılmaksızın, sürekli olarak Suriye ve Irak'ın yanında yer almaktadır.

Nil Nehri havzasında Mısır, Sudan, Etiyopya ve Uganda kısmen Kenya gibi ülkeler yer almaktadır. Su potansiyeli ve tüketimi yönünden Fırat ve Dicle'den çok büyüktür. Nil sularından en çok sulama işlemini Mısır yapmaktadır. Havza sularından 55.5 milyar metreküp/ yıl, su bu ülkeye tahsis edilmektedir.

Nil Nehri'nin regülasyonunu sağlayan Asuan Barajı 1971 yılında Sovyetlerin desteği ile yapılmıştır. Mısır, sulamadan dönen 12 milyar metreküp suyu Akdeniz'e akıtmaktadır. Diğer taraftan El Salam Kanalı, Süveyş Kanalı altından geçerek Sina Yarımadası kuzeyinde yaklaşık 200.000 hektar araziye sulayacaktır. (23).

b. ÜRDÜN/ŞERİA NEHRİ HAVZASI

Ürdün Nehri ve onun bir kolu olan Yarmuk Irmağı Lübnan, Suriye, İsrail Filistin ve Ürdün devletleri için çok önemlidir. 340 km. uzunluğundaki Şeria, 11.500 kilometrekarelik bir havzaya sahiptir. Yıllık su kapasitesi 1.5 milyar metreküp civarındadır. Şeria'yı Suriye ve Lübnan'dan doğan Hasbani, Banyasi ile İsrail'de bulunan Dan kolları besler. Şeria'nın sürekli akan tek kolu ise, Suriye'den çıkan ve Ürdün-Suriye hududunu oluşturan Yarmuk'tur. Daha güneyde anayatağa kavuşan Zana ırmağı, tamamen Ürdün toprakları içinde kalır.

1967 Arap-İsrail Savaşından galip çıkan İsrail, Şeria kaynaklarının Araplar tarafından değiştirilmesine izin vermemiştir. Günümüzde İsrail Ürdün'deki su kaynaklarını büyük ölçüde kontrol edebilmektedir. Suriye ve YARMUK ırmağının men'ba tarafındaki sularını kullanmaktadır.

Ancak, Ortadoğu'daki en kıt kaynakların bulunduğu bu bölge de gelecekte daha çok su ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Bu nedenle alternatif kaynaklar bulmak gerekecektir. Nitekim İsrail, Nil nehri sularından yararlanma girişiminde bu-

(23) Bkz. N. AKMANDOR, a.g.m, sf. 43.

lunmuştur. Ancak, o zaman Mısır Devlet Başkanı Cemal Abdül Nasır, İsrail girişimlerinin gerçekleşmesini önlemiştir.

Ortadoğu'da sular sürekli bir çekişme nedeni yapılmayarak, uzlaşma ve işbirliği içinde kullanılırsa hem bölgeye de barış ve hem de istikrar gelir. Nitekim, el Salam Kanalı ile Suveyş Kanalı altından Nil Nehri'nin bir kısım sularını Sina Yarımadasının kuzeyine geçirerek buradaki toprakları sulamak isteyen Mısır, bu konuda teknik ve ekonomik işbirliği yaparak bölge ülkelerine ve bu arada İsrail'e de su verebilir ve satabilir. Bu bir bakıma Türkiye'nin önerdiği Barış Suyu Projesinin aşığı taraftan uygulanmasıdır.

c. TÜRKİYE'DE HİÇ HATIRLANMIYAN HAVZA: ASİ NEHRİ HAVZASI

Bilindiği gibi Asi Nehri, Lübnan topraklarından doğar, Suriye ve Türkiye topraklarından geçerek Akdeniz'e dökülür. 248 km. lik Nehrin, 40 km.'si Lübnan, 120 km.'si Suriye, 88 km. 'si Türk topraklarında uzanır. Nehrin toplam yıllık su kapasitesi 1,2 mil milyar m³ tür.

Nehir sularının % 92'si, Suriye, % 6'sı Lübnan ve % 2'si Türk topraklarında oluşur. Suların % 98'ini iki ülke kullanırken, Türkiye sadec ekendi topraklarından kaynaklanan miktardan yararlanabilmektedir.

Yararlanma yönünden Suriye ve Lübnan aynı oranlarda kullanım yapmaktadırlar. Bu konuda herhangi bir anlaşma da yoktur. Türkiye konuyu gündeme getirdikçe Suriye, Asi Nehri'nin topraklarından kaynaklandığını ve bunu kullanma hakkının kendisine ait olduğunu ileri sürmektedir.

Aynı Suriye ise, Türkiye topraklarından kaynaklanan Fırat Nehri'nden hiç hakkı olmadığı halde % 22 oranında su almak için dünya ve Arap Kamu oylarını ayağa kaldırmakla kalmıyor. Bölücü örgüt PKK'yı Türkiye'ye karşı bir politik baskı vasıtası olarak kullanmaktadır (24).

Asi nehri üzerinde Lübnan iki bent yapmıştır. Suriye'de ise bu Nehir üzerine Destan ve Makerde barajları vardır. Ayrıca bir de "Cısı El Sungur" bendi bulunur (25).

d. FIRAT VE DİCLE NEHİRLERİ HAVZASI

Diyadin/AĞRI bölgesinden doğan MURAT Irmağı , Elazığ'ın doğusundan gelen KARASU'yu da sularına katarak, daha batıdan gelen PERİ suyu ile birleşir.

(24) Bu konuda Bkz. A. M. KOCAOĞLU Avrasya Dosyası, Suriye Özel Sayısı, Sf. 83-104; İran Özel Sayısı, sf. 86-110 ve Ermenistan Özel Sayısı, sf. 109-121.

(25) Bkz. N. AKMANDOR, a.g. m. sf. 42-43.

Erzurum ve Erzincan'dan akıp gelen KARACASU kolu ile Keban'da birleşerek Fırat Nehrini oluşturur.

Birecik'ten daha güneyde topraklarımızı terkederek Suriye topraklarında yoluna devam eder. Irak topraklarına girdikten sonra SATTÜLARAP adını alarak BASRA Körfezinde denize ulaşır.

Türkiye Topraklarından 1170 km. uzunlukla 1.270.000 km² lik bir havza oluşturan Fırat, Suriye ve Irak'taki 1735 km'lik uzunlukta 316.700 km²'lik bir havza oluşturur.

Sırasıyla Türkiye topraklarından yaklaşık 32 milyar m³ (%89), Suriye'den 4 milyar m³(% 11) su potansiyeli kaynaklanmaktadır. Irak'ın ise Fırat sularına hiç bir katkısı yoktur.

Buna karşılık Türkiye toplam debinin % 35'ini kullanmayı öngörürken, Suriye % 22'ini, debiye hiç bir katkısı bulunmayan Irak ise % 43'ünü talep etmektedir (26).

Dicle Nehri, Hazar Gölünden doğar. Cizre önünden Habur suyu kavşağına kadar 40 km. boyunca Türkiye ile Suriye arasında sınır oluşturur. Irak topraklarında Fırat ile birleşerek Basra Körfezine dökülür. Başlıca kolları Botan Çayı, Batmansu, Karpantu ve Büyük Zap suyudur.

Dicle'nin su potansiyelinin yaklaşık % 52'si (25.5 milyar m³) Türkiye'den % 48'i Irak'tan (23.5 milyar m³) elde edilir. Dicle'nin su potansiyeline Suriye'nin katkısı yoktur (27).

Yukarıda Fırat sularında olduğu gibi yine Suriye ve Irak, Dicle'de de kendi topraklarında yaratılan potansiyelin üstünde su kullanmak istemektedirler (Türkiye % 13, Irak % 83 ve Suriye % 4).

Dikkat edilirse bir iki nehir için, her iki ülke kendi ülkelerinde yaratılan potansiyelin çok üstünde su kullanmak istemektedirler. Bu nedenle, sürekli olarak Fırat ve Dicle Nehirleri üzerinde yapılan ve yapımına başlanan barajlara karşı çıkmaktadırlar (28).

(26) Dışişleri Bakanlığı , Ortadoğu'da S sorunu, sf. 6-7.

(27) Bkz. DSİ, Etüt ve Plan Dairesi Başkanlığı, "Fırat ve Dicle Nehirleri ile İlgili Türkiye-Suriye-İrak Arasındaki Sorunlar" Konulu 1984 tarihli rapor, sf. 12.

(28) Nitekim, Mart 1996'da Arap Birliği Dışişleri Bakanlarının Kahire toplantısında aldıkları kararla Türkiye'nin egemenlik hakkınadahi müdahale etmek istemişlerdir. Arab Birliği kararında, Türkiye'den GAP'ı durdurmasını istemiştir. Arap Birliğinin bu kararın arkasında Irak ve özellikle büyük ölçüde Suriye bulunmaktadır. İşin ilginç yanı, Suriye ve Irak sürekli olarak yanlış bilgiler vererekdünya ve Arap kamuoyunu yanıltmaktadır. Bu konuda bkz. A. SİRMEN Şu Karara Bak! 17.3.1996, Milliyet; T. AKYOL, Su ve terör, 19.3.1996, Milliyet;

Suriye ve Irak, Türkiye'nin Fırat ve Dicle üzerinde yapmış olduğu ve yapacağı barajlarla, kendilerine akacak suyun azalacağı gerekçesiyle şiddetle karşı çıkmaktadırlar. Ayrıca, Türkiye'yi Fırat ve Dicle Nehirlerinde memba ülkesi olarak suyu azaltmakla suçlarken; Suriye, Asi Nehrinde hemen hemen suyun tamamını kullanmakta, Türkiye'nin Hatay Toprakları için gerekli suyu bırakmamaktadırlar.

İşin Garip yanı, Türkiye'nin Hatay topraklarını kendi toprakları sayarak, adı geçen Asi Nehri'ni kendi topraklarından denize dökülüyormuşu gibi kabul etmektedir.

Bunun yanında Irak, Fırat'tan eksik kalan suyun Dicle'den Fırat'a naklini rettederek, Fırat'tan da daha fazla su isteminde bulunmaktadır. Bu durum uluslararası Hukukta kabul edilen hakkaniyet kurallarına tamamen aykırıdır.

Ayrıca iki ülke, Fırat Nehrinden sulanacak toprakların ve arazinin genişliğini, uluslararası uzmanlık kuruluşlarından çok farklı beyan etmektedirler. Uluslararası tanınmış su uzmanları Fırat'tan istenen su eksikliğinin Dicle suyu ile kapatılmasını, Dicle'den Fırat'a su transferleri olursa her üç ülkenin de Fırat Nehri üzerindeki su projelerini gerçekleştirebileceğini mümkün görmektedirler (29).

Su sıkıntısının ortaya çıktığı Fırat havzasında gerek Suriye, gerekse Irak verimli bir şekilde sulanması muhtemel olmayan önemli miktarda alan için su talebinde bulunmaktadır. Bu durumda Fırat Nehri'nin yıllık kapasitesinin çok üzerinde talep ortaya çıkmaktadır. Türkiye bu su fazlası talebinde nereden karşılanacağını sorunca, "kendilerince beyan edilen ihtiyacın, Türkiye tarafından sorgulanmadan verilmesini" istemektedirler.

Türkiye'nin Fırat ve Dicle üzerinde bugüne kadar inşaa etmiş olduğu ve ileride inşa edeceği barajlar, sadece Türkiye'nin sulama ihtiyaçlarını karşılanıyacak, Suriye ve Irak'a düzenli ve istikrarlı olarak su sağlanmasına da hizmet edecektir. Çünkü, Fırat Nehri'nin normal akışında, yaz aylarında akım minimum 100 m³/s'ye kadar düşebilmektedir. Bahar başlangıcında taşkın halinde 7000 m³/s'ye kadar yükselerek, taşkınlara, ölüm ve zararlara neden olabilmektedir.

Halbuki inşaa edilen barajlar sayesinde Fırat sularının düzenlenmesi gerçekleşmiş ve bu sayede yaz-kış Suriye'de saniyede 500 m³ su verilmesi mümkün olmuştur.

(29) Bkz. John F. KOLARS, "Proplem of International River Management: The Case of Euphrates" Middel EastWater Forum, Cairo, 7-10 February 1993 sf. 49 ve oradaki diğer bildiriler.

17 Temmuz 1987 tarihli Türkiye ile Suriye Arasında Ekonomik İşbirliği Protokolünün Bölgesel Sularla ilgili 6. maddesi şöyledir. "Atatürk Barajı rezervuarının doldurulması sırasında Fırat sularının üç ülke arasında nihai tahsisine kadar, Türk tarafı, Türkiye- Suriye sınırından yıllık ortalama olarak 500 m³/s'den fazla su bırakmayı taahhüt eder. Aylık akış 500 m³/s altına düşerse farkın müteakip ay kapatılmasını kabul eder" (30).

Türkiye, Atatürk Barajının dolumu esnasında bile Suriye ve Irak'ın zarar görmemesi için gerekli tüm önlemleri almıştır (31). Ocak, 1990-Eylül. 1991 arasında Atatürk Barajında toplanan su miktarı 15 milyon M3 düzeyinde kalırken, aşağı kıyıdaş Suriye ve Irak'ın aynı dönemde bırakılan su miktarı 27.3 milyon metreküp;tür. bu tutum dahi Türkiye'nin iyi niyetini ve komşuları ile halklarını susuz bırakmak istemediğini açıkça göstermektedir. Aksi olsaydı, baraj dolmadan aşağıya su bırakmazdı.

GAP projesi çerçevesinde yapımı öngörülen, Keban ve Atatürk Barajlarından bırakılan suları denetleyecek olan BİLECİK Barajı, Atatürk ve Hidro Elektrik Santrallerinden bırakılan suları düzenleyerek mansab ülkeleri olan Suriye ve Irak'ı bırakacaktır. Özellikle debinin maksimum zamanlarda düzenlenmesi ve nehir mecranın aşağı kesimlerindeki ekolojinin korunmasını sağlayacak olan bu barajda bu iki ülke itiraz etmektedirler. Yapımı teknik zorunluluk ve bir düzenleme barajı olan Birecik barajı benzerleri, Suriye ve Irak'da da olmasına rağmen, sırf karşı olmak için itiraz etmektedirler.

e. SURİYE VE IRAK'IN FIRAT VE DICLE İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Irak, binlerce yıldan beri Mezopotomya'ya hayat veren Fırat ve Dicle sularının bölgede oluşan kendi halkları için "Müktesep Hak" oluşturduğunu 1.9 milyon hektar tarım arazisinin bu nehir suları ile sulanması gerektiğini savunmaktadır.

"Türkiye barajlar ve tesisler inşa ederek Irak halkını madur duruma düşürmektedir" diyen Irak, Fırat ve Dicle nehirleri sularının matematiksel formülle bölüşülmesini istemektedir. Fırat Nehri sularının üçte birini Türkiye'ye bırakmak isteyen Irak, saniyede 700 m³'ten aşağı olmıyan suyun Suriye ve kendilerine bı-

(30) Dışişleri Bakanlığı, Ortadoğu'da Su Sorunu, u sf. 16, dn. 20.

(31) P.J. VESILIND, "Water, The Middle East Is Critical Resource", National Geographic, May 1993, sf. 50.

rakılmasını istemektedir. Bunun da adil ve makul bir yaklaşım olduğuna da iddia etmektedir (32).

Suriye ise, Fırat ve Dicle Nehirleri'nin sularını uluslararası su sayarak, "ortak kaynak" niteliğinde görmektedir. Bu sebeple adı geçen nehirlerin suları havza ülkeleri arasında salt matematiksel formülle paylaşılmaktadır. Bunun için her ülke iki nehirde ihtiyaç olan su miktarını ayrı ayrı bildirmeli, nehirlerin kapasiteleri ayrı ayrı belirlendikten sonra, üç kıyıdaş ülkenin bu nehirlerden almak istediği su miktarı nehrin debisinden fazla ise oransal olarak her bir ülkenin talebinden düşülerek matematiksel paylaşım sağlanmalıdır, demektedir.

Suriye, Atatürk Barajı'nın dolumu esnasında Fırat'dan aldığı suların azaldığını ileri sürerek Türkiye'ye baskı yapmakla kalmadı, Barış Suyu Projesi'ne de karşı çıkarak, Türkiye'nin geçmişten kaynaklanan liderlik peşinde koştuğunu ve bölge ülkelerini su bakımından kendine bağımlı hale getirerek ekonomik ve siyasi hükümranlık altına almak istediğini, Fırat'tan istenen suyu vermeyen Türkiye'nin BSP ile Ortadoğu'ya su satmak istemesini çelişki olarak nitelendirmektedir (33).

Ayrıca Suriye, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarını bir an önce tamamlayarak bölgedeki suyun paylaşımında Uluslararası Adalet Divanı gibi kuruluşların hakemliğinin işlemlerini, Fırat-Dicle havzası ülkeleri arasındaki müzakerelerde uluslararası gözlemcilerin bulunmasını ve paylaşımı engelleyen hareketlerde bulunan ülkelere gözlemcilerin görüşleri çerçevesinde yaptırımlar uygulanmasını, Fırat'tan alacağı suyun bir anlaşma ile belirlenmesini istemektedir (34).

IV - FIRAT-DİCLE SULARININ KULLANIMI KONUSUNDA TÜRKİYE'NİN GÖRÜŞLERİ VE TUTUMU

"Tarihi haklar" ve "Kadim haklar" konusundaki Suriye ve özellikle Irak Devleti'nin iddiaları uluslararası ilişkilerde fazla itibar görmemektedir ve Türkiye de bunu kabul etmemektedir.

Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası su yolları ve sınırtaş sular konusunda 1985 yılından itibaren raportörlük yapmış bulunan Prof. Stephen C. Mc CAFFREY'in de açıkça vurgulanmış olduğu gibi, aşağı kıyıdaş

(32) Ş. TEKELİ, "Turkey Seeks Reconciliation For The Water Issue Induced By The Southeastern Anatolia Project (GAP)", Water International, Volume 15, No. 4, December 1990, sf. 215.

(33) Bkz. Z. Farah Abola DAOUD (Suriye'nin Sulama ve Su yapılan Muşaviri), "A Roundtable Discussion On The Euphrates Water Issues" konulu toplantıda sunduğu tebliğ, Arap Research Center, London, 19 February 1990.

(34) Bkz. Dışişleri Bakanlığı, Ortadoğu'da Su Sorunu, sf. 23-25.

bir devletin daha önce bir nehir üzerinde projeler tamamlanmış olması ve tesisler yapma girişiminde bulunması, yukarı kıyıdaş devletin daha sonra nehir üzerinde aynı işlemlere girişmesini önlemez (35). Dolayısıyla tarihsel haklar konusu olsa olsa hakkaniyet ölçüsünde aşağı kıyıdaş devlete bir tahsis yapılmasında gözönünde bulundurulabilir.

Sınıraşan sular, bölüşülebilir doğal kaynak ya da ortak kaynak olarak uluslararası hukuk çalışmalarında kabul görmediği gibi, Türkiye tarafından da kabul edilmemektedir. Çünkü, bölüşülebilir kaynak ve bunun doğal sonucu olarak ileri sürülen "Matematiksel bölüşüm" fikri, hakça kullanım/equitable utilization prensibiyle tamamen çelişkili bir durum yaratmaktadır (36).

Dolayısıyla Suriye ve Irak'ın sulanabilir araziler konusunda uluslararası uzmanlarca da gerçek dışı olduğu konusunda verdiği raporlarda olduğu gibi, tüm iddiaları temelsiz, çelişkilerle doludur. Bunun nedeni, sınıraşan sular konusu düzenlenirken Türkiye üzerinde baskı yaparak, uluslararası hukuk kurallarını kendi görüşleri doğrultusunda oluşturmaktadır.

Türkiye öncelikle Fırat ve Dicle havzasındaki suların kullanımını gerçekleştirilirken her üç ülkeyi de tatmin edecek; ulusal, bölgesel ve uluslararası platformlarda da kabul edilebilir nitelikte bir uzlaşmaya dayanmasını arzu etmektedir.

Türkiye, uluslararası hukuk çalışmalarında genel kabul görmüş "hakça ve akılcı" kullanım ilkesine bağlı kalmakla birlikte, başka doğal kaynak ve olanaklar varsa, suların taksiminde bunların da dikkate alınmasını istemektedir. Örneğin Fırat'ın eksikliğinin Dicle sularından karşılanması gibi.

Ayrıca, her ülkeye ne kadar su verileceğini belirleyerek bilimsel ve objektif kurallarının ve kriterlerin oluşturulmasını istemektedir. Bunun için her üç ülkenin teknik elemanlarından oluşan bir heyetin uygulayabileceği, Suriye ve Irak'ın inceleme dahi almadan reddettikleri "üç aşamalı plan" önermiştir.

Suriye ve Irak'a önerilen "Fırat-Dicle Havzası Sınıraşan Akarsularının Hakça, Akılcı ve Optimum/Equitable, Rational and Optimum Kullanımı için üç aşamalı Plan"la, üç ülkeyi de tatmin edecek bir çözüme ulaşılmasını amaçlayan Türkiye, bu aşamada su kaynaklarının, ikinci aşamada toprak kaynaklarının envanterinin çıkarılarak, üçüncü aşamada bu envanterlere göre yapılacak, değerlendirme sonucu suların tahsisini önermektedir (37).

(35) Bkz. S.C. Mc CAFFREY, "The Law of International Water courses some recent Development and unanswered questions", Denver Journal of International Law and Policy, Spring 1991, sf. 509.

(36) Bkz. Dışişleri Bakanlığı, a.g.e. SF. 26-27.

(37) Bkz. Dışişleri Bakanlığı, a.g.e. sf. 33-38;.

Planın teknik ayrıntılarının burada girmeyeceğiz. Ancak plan, uzlaşmak için mevcut durumun objektif ve bilimsel metotlarla tespitini öncelikle zorunlu görmektedir. Her üç ülkenin su ihtiyaçlarının bilimsel bir şekilde yapılacak mühendislik çalışmaları sonucunda tespit edilmesi, su israfını önleyecektir. Fırat ve Dicle, sadece Sattül-Arap'da birleşmekle kalmayıp, Irak'daki Tharthar Kanalı tarafından da sun'i olarak birleşmektedir. Böylece, nehirlerarası su transferi yolu ile ihtiyaçların dengelenmesi de planın içindeki önemli hususlardan biridir.

Türkiye yapılacak bilimsel çalışmalar ve işbirliği sonucunda gerçek su ihtiyacı belirlenmesiyle, hakça, rasyonel ve optimum bir kullanmanın mümkün olması yanında, diğer doğal kaynaklardan da işbirliği sonucunda daha çok yararlanılabileceğini ve bölge ülkeleri ve insanların refah seviyesinin artacağını vurgulamaktadır. Dolayısıyla, bu gibi işbirliği, Araplar tarafından haksız olarak sürdürülen ve sırf Osmanlı Devleti'nin mirasçısı olduğu için sürdürmekte de kararlı göründükleri güvensizlik ortamının da ortadan kalkmasına yardımcı olacaktır.

V - SINIRAŞAN SULAR KONUSUNDA ULUSLARARASI ÇALIŞMALAR

Sınıraşan sulardaki ulaşım konusu, ondokuzuncu yüzyılda uluslararası kurallara bağlandığı halde, ulaşım dışı kullanımı daha ziyade 20. yüzyılın başından itibaren gündeme gelmiştir.

Sınıraşan suların ulaşım dışı kullanımı ile ilgili olarak, uluslararası hukuk kurallarının temel kaynakları olan antlaşmalar, teamüller, hukukun genel ilkeleri, mahkeme ve bilimsel içtihatlar da hak ve yükümlülüklerini belirleyen kapsamlı ve değişmez ilkeler henüz oluşmamıştır.

Uluslararası Hukuk Derneği'nin bağlayıcı özelliği olmayan Helsinki Kuralları, tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, sınıraşan sular konusunda girilen çalışmalara ışık tutar mahiyettedir. Bir hükümet dışı kuruluş olan derneğin çalışmalarında su yolları, uluslararası su toplama havzaları/ International Drainage Basins olarak ele alınmış ve sınıraşan havza sularının hakça ve makûl paylaşımı öngörülmüştür.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun /UHK, uluslararası su yollarının ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasına ilişkin 1994 tarihli raporu, bu konuda takip edilmesi gereken ve Dicle-Fırat sularını da yakından ilgilendiren bir çalışmadır.

UHK'nın bu çalışmaları, Türkiye tarafından Suriye ve Irak'a önerilen yu-

karda özetle bahsedilen üç aşamalı planla da uyum sağlar niteliktedir. Raporda suların hakça, rasyonel ve optimum kullanılması öngörülürken, yukarı kıyıdaş devletin önemli zarar/ sığnifcantharm vermedikçe sularını istediği gibi kullanabileceğini, ancak önemli zarar vermesi durumunda bile yukarı kıyıdaş devletin sorumlu tutulabilmesi için gerekli "ihtimamı/ özeni" göstermememesi halinde aşağı kıyıdaş devlet karşı sorumlu tutulabileceği taslak haline getirilmiştir. Bu çalışmalar, aşağı ve yukarı kıyıdaş devletlerin sorumluluklarının belirlenmesi yönünde önemli gelişmeler olarak kabul edilmektedir.

UHK'nın çalışmalarıyla, sınıraşan sulara ilişkin bir çerçeve anlaşma oluşturulması amaçlanmaktadır. Bu çerçeve anlaşma, 1996 yılında BM Genel Kurulu'na sunularak kabul ve imzaya açılmaya çalışılacaktır. Eylül ayındaki çalışmalardan sonra bu çerçeve anlaşmanın kabul edilip yürürlüğe girmesi bile, en iyi tahminle 3-5 yıldan önce gerçekleşmez. Taslak, anlaşma haline dönüştükten sonra dahi, sınıraşan su yolları ile ilgili tüm uyumsuzlukları çözmede doğrudan kullanmakta etkili olmayacaktır. Çünkü sınıraşan sularla ilgili sorunlardan hiçbirisi, diğeri ile aynı nitelik ve boyutta değildir. Her biri değişik koşul ve durumları yansıtan sorunları içermekte olup, benzer sorunlarda dahi farklı çözümlerin istendiği sınıraşan sularda bu çerçeve anlaşma, ikili ve çoklu anlaşmalar yapan taraflara ışık tutup yol gösterici olabilir.

Uluslararası alanda sınıraşan sular, dünyada çeşitli ülkelerin arasında uyumsuzluk konusunu oluşturmaktadır. Sınıraşan sular konusunda temel anlaşmazlık, sınıraşan suların hangi ölçütler çerçevesinde paylaşılması gerektiği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Ganj Nehri üzerinde Hindistan ile Bangladeş arasındaki uyumsuzluk, Türkiye'nin Fırat-Dicle havzasındaki uyumsuzluğa paralellik arz etmektedir. Hindistan 1951'de Ganj üzerine Farrakka Barajı'na yaptı. O zaman Pakistan bu durumu protesto etti. Hindistan ile Bangaldeş 1977'de yaptıkları bir anlaşma ile, kurak mevsimlerde Ganj sularının % 63'ünün Bangaldeşe verilmesi konusunda mutabık kalmışlardı (38).

Hindistan, Ganj Nehri sularının adalet ve hakkaniyet ölçüleri içinde kullanılmasını gerektiğini; bunun nüfus, toprak ve ihtiyaçların dikkate alınarak yapılacağını vurgulamaktadır. Ganj sularının artırılması konusunda Brahmuputra nehri ile Ganj arasında bir kanal inşasının ciddi bir biçimde düşünüleceğini be-

(38) Bkz. B.G. VERGHESE-R. RIYER, "Harnessing The Eastern Himalayan Rivers, Regional Cooperation in Southeast Asia" Center For Policy Research, Konark Publishers PVT Ltd., New Delhi, 1993, sf. 180.

lirten Hindistan, hakça kullanım dışında ülkesinden geçen suların sürekli bir tahsisine yanaşmamaktadır.

ABD ile Meksika arasında Colorado, Tijuana ve Ria Grande Nehirleri dolayısıyla çıkan uyuşmazlık 1944'de bir anlaşmaya ulaşılmıştır. Memsba ülkesi olan ABD'nin hakları önemli ölçüde korunan anlaşmayla iki ülke arasında sınır yokmuş gibi su tahsisi yapılmıştır (39).

Meksika ile Guatemala arasında Usumacinte, Suchiate ve Grijalva adlı üç nehir nedeniyle, Lesotho Karallığı ile Güney Afrika Cumhuriyeti arasında su tahsis nedeniyle ve Güney Afrika Cumhuriyeti ile Swaziland arasında uyuşmazlıklar vardır. Güney Afrika ile diğerleri arasındaki uyuşmazlıklar çözüme bağlanmıştır. Meksika ile Guatemala arasındaki görüşmeler devam etmektedir. (40). Haklı ve makul kullanım, aşağı kıyıdaş devlete önemli ölçüde zarar vermemesi ilkesi görüşmelerde temel kabul edilmektedir.

VI - TÜRKİYE'NİN ORTADOĞU POLİTİKASINDA DEĞİŞİM VE BARIŞ SUYU POLİTİKASI

1963'lerden sonra Kıbrıs olayları ve Johnson mektubu gibi olumsuz olaylar, Türkiye'nin dış politikada içine düştüğü yalnızlık, Türk dış politikasında Ortadoğu'ya karşı bir değişim rüzgarı estirdi. Türkiye artık Ortadoğu ülkelerinin Batı ülkeleri ile olan ilişkilerine değil, kendi aralarındaki uyuşmazlıklara da katılmayarak tarafsız kalacaktı. İkincisi, Türkiye Nato üyesi bir ülke olarak kendi bölgesinde oynadığı rolde bölge ülkelerine zarar vermemeye çalışacaktı (41).

Soğuk savaş döneminde ısrarla sürdürülen bu geleneksel politika, Türkiye'ye Ortadoğu'daki çatışma ortamından uzak tutmayı başarmıştır. Ancak, bu geleneksel politikanın özellikle GAP'ın uygulama alanına konmaya başlamasıyla, su sorununun Türkiye'nin tahminlerinin de ötesinde siyasi bir boyut kazanarak kendisine karşı bir Arap Cephesi'nin oluşmasını önlemediğini gördü. Su sorununun ortaya çıkmasıyla kendi içlerindeki ayrılıkların bir daha birleşmelerine olanak vermeyeceğini zannettiği Arap ülkelerinin, sırf Türkiye karşı cephe oluşturmak için nasıl kolaylıkla biraraya gelebildiklerini gördü (42).

13 Ocak-12 Şubat 1990 tarihleri arasında Atatürk Barajı doldurulmaya başladığında Suriye ve Irak, uluslararası platformlarda şikayete başladılar. Başta

(39) Dışişleri Bakanlığı, a.g.e. sf. 49-50.

(40) Dışişleri Bakanlığı, a.g.e. sf. 49-53.

(41) H. Pınar BİLGİN, Ortadoğu'da Su Sorunu ve Türk Dış Politikası, Yankı Dergisi, Mart 1996, sf. 49-50.

(42) 1988'de Başbakan Y. AKBULUT'un Bağdat'ı ziyareti esnasında Irak, Irak-Suriye-Türkiye arasında üçlü bir anlaşma yapılarak sanayide 700 m3 su garantisi istemiştir. Kabul etmeyince, 1984 Güvenlik Protokolünü yenilemeyi reddetmiştir.

Mısır olmak üzere birçok Arap Devleti, Türkiye'nin karşısında cephe almaya başladı. Ne zaman Fırat-Dicle suları konu olsa, Türkiye'nin karşısında hemen bir Arap cephesinin oluşması ve Türkiye'yi suçlaması kaçınılmaz hale gelmiştir.

1975'te Fırat sularının paylaşımı yüzünden savaşın eşiğine gelen Irak ve Suriye, İran-Irak Savaşı'nda iyice düşman kardeşler haline gelmişlerse de, 1990'da Fırat'ın sularını kendi aralarında paylaşmak üzere anlaşınca, Türkiye'yi iyice rahatsız etmeye başladılar. Körfez Savaşı esnasında ve sonrasında Türkiye, bölgesinde yeterli inisiyatif kullanamadı. Bölgedeki şekillenmelerin gerisinde kaldı. Arap-İsrail barış görüşmeleri ve İsrail-Filistin barış süreci bölgedeki gündemi değiştirdi. Kuzey Irak'ta ortaya çıkan Kürt sorunu ve PKK terörizmi, Türkiye'nin bölgede inisiyatifi elden kaçırmasına neden oldu.

Türkiye uzun yıllardan sonra tekrar araplar'la bir sorunla karşı karşıya geldi. Aslında sorun Türkiye'nin yanlış politikalarından doğmadı. Bilhassa sorunlar karşısında zamanında ve gereken nitelikte iradesini ortaya koyamaması, komşularımızı özellikle Suriye'yi cesaretlendirdi. Türkiye'ye karşı terörü bir silah olarak kullanan Suriye, bir tarafıtan Türkiye'nin iç istikrarını bozarken, öte yandan da dünya kamuoyunda Türkiye'yi haksız çıkarmaya çalışan politikaları başarıyla uygulanmaya başlandı.

Türkiye'nin gelecekte su sorununu kendi aleyhine işleyen bir mekanizma haline getirilmemesi için, 1980'lerin sonunda Rahmetli Cumhurbaşkanı T. ÖZAL tarafından bazı teşebbüslerde bulunulmuştur. Bunun en tipik örneği Barış Suyu Projesi/ BSP'dir.

1986'da T. ÖZAL Başbakanken suyun Ortadoğu'da barış unsuru olarak kullanılabileceği ilkesinden hareketle, Seyhan ve Ceyhan Nehirleri'nin denize döküldükleri noktadan itibaren inşa edilecek iki boru hattı ile Arap Yarımadası'ndaki dokuz devlete içme suyu taşınmasını ve satılmasını öngören bir projeyi sunmuştur (43).

Bu projeye başta Suudi Arabistan olmak üzere Arap ülkeleri, Türkiye'nin

(43) Barış Suyu Projesi ile ilgili ön fizibilite çalışmalarına 1988 yılında "Brown and Root Engineering and Construction International" adlı ABD firması ile ilgili kuruluşların katkısı ile gerçekleştirilmiştir. Proje iki boru hattından oluşacaktı. Batı hattı olarak anılan birinci güzergah Türkiye'den (Seyhan, İslahiye, Kilis,) Suriye (Hama, Humus, Halep, Şam), Ürdün (Amman), Suudi Arabistan (Yanbu, Medine, Mekke ve Cidde) uzanaktı. 2700 km, 3,5 milyon m³/gün, 8,5 milyar ABD dolarlık maliyeti hatta 1 m³ suyun maliyeti, 0,84 dolara gelecekti. Doğu hattı denen ikinci güzergah Ceyhan-Kilis, Suriye, Ürdün, Suudi Arabistan, Kuveyt, Bahreyn ve Katar üzerinden Birleşik Arap Emirliklerine uzanacaktı. 3900 km'lik uzunluktaki hattın kapasitesi 2,5 milyon m³/gün, 12 milyar ABD doları maliyetli ve 1 m³ suyun fiatı 1,07 dolara satılacaktı. Bkz. Neşet AKMANDOR, a.g.m. sf. 45-46.

"suyun başını tutan ülke" olmasını istemedikleri, Türkiye'nin su vasıtası ile Ortadoğu'da bir hegemonya kuracağından korktukları için karşı çıkmışlardır. Türkiye her ne kadar barış suyu ile bir güven ortamı yaratmak ve bu yolla barış ve istikrara katkıda bulunmak istediğini bildirmiş se de, yapılan tekliflere ideolojik gözlüklerle bakan bölge devletlerini ikna etmek ve BSP'ni gerçekleştirmek pek kolay olmayacaktır.

Halbuki, bu proje gerçekleştirilebilseydi veya gerçekleştirilmeye çalışılsa binlerce m³ su, Türk, Yahudi, Arap, Müslüman, Hristiyan olduğuna bakılmadan insana, hayvana, ağaca, çiçeğe ve toprağa canlılık katarak, bölgenin hayat damarlarının canlanmasına yardımcı olacaktır.

Artık su ile siyaset arasındaki ilişki, Ortadoğu'da vazgeçilmez bir realite haline geldi. Ortadoğu'da sağduyulu siyasi iradeler ortaya çıktıkça, barış ve istikrarın korunmasında suyun önemli roller oynayacağı , en az su savaşları senaryoları kadar ön plana çıktı. Nitekim, İsrail Başbakanı Ş. PEREZ, Mart 1994'te verdiği bir demeçte, "Türkiye zengin sularını balıklara vermekte, m³'ünü 45 sent karşılığında su almak istiyoruz." derken, İsrail Cumhurbaşkanı WEİZMAN, "Türkiye ile su konusunda işbirliği yapmak istiyoruz." ve Ş. PEREZ, "Bölgedeki su sorununun çözümünde Türkiye anahtar ülkedir. Parayla doğalgaz satın alıyoruz, neden suyu satın almalıyım?" demişlerdir (44).

Çağdaş bir devlette yöneticilerin asli görevi, halklarının refah vesağlığını yükseltmek olduğu , bunun için uyuşmazlıkları büyütmeden karşı tarafla ekonomik, siyasi, kültürel vs. alanlarda işbirliği yapmak gerektiği halde; Suriye ve Irak tam tersi bir hareketle GAP projelerine bilinçsizce karşı çıkarak bir su sorunu yaratmaktalar. Türkiye'yi Arap Camiası'na; şikayet ederek, PKK'yı destekleyip Türkiye'yi bölmeye çalışmaktadırlar.

Suriye ve Irak, iki yüzlü politika izlemeyi bırakarak Türkiye'yi bölmeye çalışmak yerine, çağdaş diplomasi kurallarını uygulayarak, sorunları çözmeye çalışsa, su sorunu daha kolaylıkla çözüme kavuşacaktır. Çünkü, Türkiye, su konusunda üzerine düşen hukuki ve ahlaki bütün görevleri yerine getirmekle yetinmeyip, fiili düşmanlık gösteren bu iki ülkeye karşı aşırı cömert davranmaktan geri kalmamaktadır.

Körfez Savaşı esnasında bütün baskılara rağmen suyu kesmemiştir. GAP ve Atatürk Barajı sayesinde saniyede 500 m³ suyu, düzenli olarak vermektedir. Türkiye bu ülke insanların ihtiyaçlarını karşılayacak kadar suyu; komşuluk,

insanlık, hak ve adalet adına bırakma mükellefiyeti varsa da; Suriye ve Irak çöllerini sulamak onların milyonlarca m³ suyu boşa akıtmasına ve eskimiş teknolojiler ile suyun hoyratça kullanmalarını sunma mükellefiyeti altında değildir. Üstelik Suriye, 1939'da yapılan anlaşma gereğince, Asi Nehri'nin sularını eşit olarak paylaşmak mükellefiyeti altında olmasına rağmen, yaz aylarında Türkiye'ye çoğu zaman hiç su bırakmamaktadır (45).

VII - TÜRKİYE'DEKİ SULAR BİR SAVAŞA SEBEP OLABİLİR Mİ?

Dünyadaki ülkelerin su ihtiyaçları gün geçtikçe artmaktadır. Gittikçe artan nüfus ve özellikle hayat standardı araştırma gayretleri, Ortadoğu'daki su ihtiyacını her gün artırmaktadır.

Fırat ve Dicle gibi akım rejimleri düzensiz olan nehirlerin akımlarını barajları vasıtasıyla düzenliyerek, akımların az olduğu zamanlarda susuzluğa düşmemek, çok olduğu zamanlarda taşkınlıklara mani olmak, bol suyu depoluyarak kurak mevsimlerde kullanmak artık çağdaş yöntemlerin başında gelmektedir.

Su Ortadoğu ülkelerini, ve özellikle Türkiye'yi savaşa zorlayabilir mi? Buna evet veya hayır şeklinde net bir cevap vermek mümkün değildir.

Çünkü, Ortadoğu'daki sınıraşan suların yukarısında bulunan ülkeler, suların akışını kontrol etmek hakkının kendilerinde olduğuna inanırken, askeri yönden gittikçe güçlenen veya güçlenmeye çalışan aşağı kıyıdaş ülkeler buna karşı çıkmaktadırlar.

Suyun bir politik silah olarak kullanılıp kullanılmayacağı ile, bundan etkilenen ülkelerin dengeyi sağlamak için en etkin yol olarak askeri güç kullanımını seçip/ seçmiyeceğini hiç kimse şimdiden kestiremez. Çağdaş dünyada savaşın ekonomik açıdan pratik bir çözüm olmadığı da değerlendirilmektedir.

Suların tahsisi yada paylaşımı ile ilgili olarak, ülkelerin kendi istek ve iradelerini kabul ettirmek için, hedef ya da rakip ülkelerdeki barajlar, tüneller, boru hatları vs. gibi tesislere tahrip ve sabotaj yapmaları, rakip ülkede faaliyet gösteren terör örgütlerini destekliyerek, onlara kendi ülkelerinde barınma ve lojistik destek sağlayarak alçak yoğunlukta çatışmaların / Low density conflict sürdürülmesi, halen olduğu ve özellikle Türkiye'ye karşı sürdürüldüğü gibi gelecekte de yürütülmeye devam edilebilir. Hatta dozajı daha da artırılabilir.

Bununla beraber, Ortadoğu'da su nedeniyle savaşı göze alabilecek ve sa-

(45)Bkz. Y. İNAN, "Sınıraşan Suların Hukuksal Boyutları", Prof. Dr. İhan ÖZTRAK'a, Armağan SBFY, c. 49, s. 1-2, Ankara 1994, sf. 243-253.

vaşla istek ve iradesini yukarı kıyıdaş devletlere kabul ettirebilecek sahip ülke olarak İsrail ve Mısır dışında başka ülke yok gibi gözükmektedir. Aksi davranış öncelikle savaşı göze alan aşağı kıyıdaş devletin ve ülkesinin yıkımına sebep olabilir. Bilindiği gibi Mısır'ın su sorunu, Nil suları nedeniyle yukarı kıyıdaş devletler olan Etopya ve Sudan ile, dünyanın 8. harikası olarak adlandırılan ve yeraltında inşa edilen yapay nehirler nedeniyle de Libya ile (46).

Su nedeniyle Ortadoğu'da patlak verecek bir savaş, petrolerin Batıya akışını kesintiye uğratabilirse, başta ABD olmak üzere Batılı ülkeler buna engel olacaklardır. Eğer çatışmaya engel olamamışlarsa, İsrail-Arap savaşlarında ve Körfez krizinde olduğu gibi süratle sona erdirmesi ve bölgede istikrarın sağlanması temin edilecektir. Batının ve özellikle ABD'nin değişmez politikası budur.

Ancak, böyle bir savaşa Türkiye karşı olursa, tüm arapların ortak bir düşman karşısındaymiş gibi aralarındaki anlaşmazlıkları bir yana iterek Türkiye karşısında kenetlenenlerinden hiçbir Türkün şüphesi olmamalıdır. Yunanistan, Ermenistan belki İran'da derhal Arapların yanında yer alabilir. Türkiye'nin tüm komşuları ile iyi ilişkiler içinde olmasına ve sorunları barışçıl yollardan çözümlenmesini istemesine rağmen, Türkiye'nin yaşamsal çıkarları ve toprakları üzerinde hak iddiasında bulunan ve terörizmi Türkiye'ye karşı kullanmayı alışkanlık haline getirmiş bulunan komşu ülkelerin sürekli birer potansiyel tehdit oluşturmalarını Türkiye gözardı edemez. Türkiye Suriye arasında çıkabilecek su savaş senaryoları ve savaşın etkileri üzerinde şimdiden fikirler üretilmeye başlanmıştır (47).

Suriye ve Irak, Fırat ve Dicle Nehirleri üzerindeki Türkiye'nin egemenlik haklarını görmemezlikten gelirken, suyun makul, ölçülü ve optimal kullanımı

(46) Ancak, tarihsel düşmanlıklar, Mısırın Arap liderliğine oynaması, İsrail'in Tevrat'tan kaynaklanan Büyük İsrail ve Arz-Mevud peşinde koşması; Suriye'nin Büyük Suriye, İran'ın geleneksel Şii Mezhepçiliği, Irak'taki dengesiz yönetimlerde sık sık depreşen Körfez Bölgesine hakim olma ve Arap liderliği hayalleri; Ortadoğu Bölgesini nüfuzları altına almak ya da nüfuz dışına çıkarmamak kaygısı ile Bölgede savaş çıkması menfaatleri icabı olduğu zaman savaş kıstırtıcılığına başlayan emperyalist güçlerin oyunu ile birleşince; su Ortadoğu'da savaşın gerçek sebebi olmasa bile, her zaman bahanesini oluşturabilir? Bu konuda bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Ortadoğu, sf. 189-201; BULLOCH-DARWISH, Water Wars, Coming Conflict in the Middle East, London 1993.

(47) Maalesef, Ortadoğu'da Türkiye'yi kontrol altında tutmak isteyen Batılı bazı güç ve çevreler, bu konuda hiç bir fedakarlıktan kaçınmayacaktır. Birleşmiş Milletlerin Batı Asya Ekonomik ve Sosyal Komisyonu tarafından hazırlanan bir raporda "Petrol zengini ülkelerin petrolü tekellerinde tutmalarına nasıl izin verilmemişse, Türkiye ve İsrail'in su kaynaklarını tekellerinde tutmalarına izin verilmemelidir" denmiştir. Ayrıca Batılı ülkelerin bir çoğu gibi çeşitli hükümet dışı kuruluşları bu konuda sempozyumlar, seminerler yapmaktan ve kitaplar basmaktan geri kalmamaktadırlar. Bkz. F. MÜFTÜOĞLU, Ortadoğu'da Su Meselesi ve Türkiye, 1-8 Kasım 1994, Zaman Gazetesi'deki yazı serisi.

reddererek, konuyu politik meceraya döküp, suların matematiksel paylaşımını öngören tutumlarını sürdürmektedirler.

Hatırlanacağı üzere, Körfez Savaşından önce, Irak Türkiye'yi savaşla tehdit etmişti. 1984'ten beri komşularımızın ve özellikle Suriye'nin desteklediği PKK saldırıları sonucu, onbinden fazla vatandaşımız ve güvenlik görevlimiz hayatını kaybetmiştir. Sayısız köy, kasaba, okul, camii, işyeri, ulaşım vasıtası, enerji nakil hatları, TV istasyonları, demiryolları, trenler ve köprü tahrip edilmiştir.

PKK saldırıları sonucu halkımızın büyük bir kısmı ve özellikle Güney Doğu'daki halkımız inanılmaz acılara katlandı. Bölge ekonomisi çöktü. Türkiye kalkınmasını ve gelişmesini yitirdi. Bunun başlıca sorumlusu, Fırat sularına haksız olarak sahip olmak isteyen ve matematiksel paylaşım konusundaki isteklerini Türkiye'ye kabule zorlamak için bölücü PKK'yı, kullanarak Türkiye'de örtülü bir savaşı sürdüren Suriye'dir (48).

Malesef, Türkiye, bu çılgın ve terorist devlet Suriye'ye karşı hiç bir bedel ödemediştir. 23 Ocak 1996'da Suriye'ye verdiği bir nota ile PKK'nın başı Öcalan'ın iadesini istemiş ve "Suriye PKK'yı Öcalan'ı ülkesinde ve denetimindeki topraklarda barındırdığı sürece, Türkiye, Suriye'ye karşı her türlü önleme başvurma hakkına sahiptir. Türkiye bu hakkını uygun gördüğü zaman kullanacaktır" demiştir. Suriye, bu notayı cevpalandırma zahmetine dahi katlanmamıştır? Türkiye meşru savunma hakkına dayanarak Suriye'nin çıkarlarını hedef alan hiçbir karşı önleme başvurmamıştır.

Türkiye, kararlılığını ortaya koyarak Suriye'nin bölücü teröre olan her türlü desteğini önlemedikçe, terörün komşularında ve özellikle Suriye'deki yuvaları ve kaynağı kurutulmadıkça PKK lideri ve kadrosu Türkiye'ye iade edilmedikçe, terörün kökünün kazınarak Güneydoğu'da huzur ve güven ortamının yaratılmasına imkan yoktur. Yine terör ortadan kalkmadıkça, Türkiye'nin ülke çapında karıştığı dev boyutlu sosyo-ekonomik sorunlarının çözülmesine ve bu arada Güney Doğu Anadolu'da terör nedeniyle iyice bozulan sosyo-ekonomik dengenin ve koşulların iyileştirilmesine ve halkımızın geleceğe ümitle bakmasına imkan yoktur (49).

(48) Bkz. Ş. ELEKDAĞ, Suriye'nin Su Savaşı ve Güneydoğu'nun Kaderi, 10. Mart 1996 Milliyet Gazetesi.

(49) Maalesef, Dünyada Suriye, Irak, İran, Libya ve Sudan terörist devlet olarak tanımlanmaktadır. Yine maalesef, bu beşdevletin üçü komşumuz olup, Türkiye'deki terörü farklı boyutlarda olsa bile, üç devlet öncelikle desteklemektedirler. Lojistik destek ve barınma dahil her türlü yardımı yapmaktadırlar. Geçmişten günümüze bakarsak, başta Yunanistan, SSCB/RF ve Ermenistan boyutları farklı olmakla birlikte bu desteği sağlamaktadırlar. Hatta dostumuz Azerbaycan'da dahi PKK teröristlerini barındırıldığına dair çeşitli yayın organlarında iddialar yer almaktadır.

Suriye ve Irak'ın terörizmi destekliyerek Türkiye'yi bölmeye çalışmaları yetmiyormuş gibi, Mart 1996'da Kahire'deki Arap birliği Dışişleri Bakanları toplantısında GAP'ı durdurma ve yabancı şirketleri Türkiye'ye yatırımlardan vazgeçmeye çağıran küstahça bildiri yayınlama başarısını da göstermişlerdir (50).

21. Yüzyılın başında bölgede ciddi bir su açığının çıkması, üretilen savaş senaryolarına haklılık kazandıracak niteliktedir. Almanya'nın Die WELT gazetesi, Atatürk Barajında su tutulması nedeniyle Suriye ile Türkiye arasında başgösteren gerginliğe yarım sayfa ayırarak "Petrol için değil, su için savaşılacak" başlıklı yazısında, suyun 2000'li yıllarda Ortadoğu'yu kan gölüne çevireceğini, Türkiye'nin suyu gizli bir silah olarak kullanmak istediğini (yanlış olarak), GAP'ın dünyanın en büyük projeleri arasında yer aldığını, su sorununun saatli bombaya dönüştüğünü, Araplarla Yahudiler arasındaki savaşların Filistinlilerin hakları için değil, su nedeniyle çıkacağını yazmıştır (51).

Gerçekten, ABD'nin gayretleri ile Araplarla İsrail arasında bir uzlaşma sağlayarak ortam yaratıldıktan sonra, bu bölgedeki çatışma alanları, Doğu Akdeniz'in doğu bölgesinden Basra Körfezi bölgesindeki çatışma alanları, Doğu Akdeniz'in doğu bölgesinden Basra Körfezi bölgesine kaymıştır. Ancak, su Ortadoğu'da önemli bir kaynak ve ulusal gücün önemli unsurlarından biri haline gelmiştir.

Nitekim, 1967'deki Altı Gün Savaşı olarak anılan Arap-İsrail Savaşı, Şeria Nehri yüzünden çıkmıştır. İsraili General M. DAYAN, 1974'de, "İsrail için su o kadar önemlidir ki, 1967'deki savaşa biraz da su kaynaklarını kontrol altına alabilmek için girdik" diye açıkça beyanda bulunmuştur (52).

Filistin Devleti'nin kurulmasıyla bölgedeki su ihtiyaçları daha çok artacaktır. 9 Eylül 1993'teki mektup teatisi ile İsrail Başbakanı RABİN ile Filistin Devlet Başkanı Y. ARAFAT birbirlerini resmen tanıdılar. 4.5.1994 günü Kahire'de barış antlaşması imzaladılar. 26.10.1994'te de İsrail ile Ürdün barış antlaşması imzalayarak Ortadoğu'da da "Barış Günlerini" getirdiler.

Ürdün-İsrail Antlaşması'nda, Şeria ve Yarmuk Nehirleri'nin sularının paylaşımı konusunda işbirliği yapılacağını vurguladılar? Böylece iki düşman arasında savaş sebebi sayılan su, dostluk yolunda köprü oluşturmaya başladı.

(50) Bu Konuda bkz. T. AKYOL, Su ve Terör, 19.3.1996, Milliyet; Ali SIRMEN, Şu Karara Bak, 17.3.1996, Milliyet

(51) Bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Ortadoğu sf. 197.

(52) A. Mehmet KOCAOĞLU, a.g.es sf. 187.

Oysa Kral Hüseyin, 1990'da verdiği bir demeçte, "Su hariç, hiçbir konu bizi İsrail ile tekrar savaşa girmeye zorlayamaz." demişti. Bu savaş sebebi olabileceği gibi, sağduyulu yaklaşımla, barış ve refaha giden kanalları da açabilir/ açabiliyor.

Türkiye, geleneksel barışçıl politikası ve "Yurtta sulh, dünyada sulh" politikası gereği, sınıraşan sular konusunda barışı bozucu davranışlardan kaçmaya sürekli özen göstermekle birlikte, komşularımız tarafından da ısrarla sürdürülen terörizmi destekleyici davranışlar ciddiboyutlara ulaşırsa ve komşularımız savaştan kaçınılmaz noktaya kadar "gemi azıya alırlarsa", Türkiye'deki siyasi irade hiçbir güce boyun eğmeden gerekeni yapmaktan kaçınmayacaktır. Türkiye'nin Barış Suyu Projesi de bu şartlar altında yakın gelecekte gerçekleşme ihtimali olmayan bir öneri olarak kalacaktır.

Gerçi Araplar ve İsrail suyun kendilerine ulaşmasından memnun gözükseler de, Türkiye'nin BSP ile bölgede başat/ hâkim duruma gelmesinden korkmaktadırlar. Aynı korku, Kafkasya ve Hazar Bölgesi'nden Avrupa'ya taşınacak petrol ve doğalgaz boru hatlarının Türkiye üzerinden geçirilmesinde de görülmüştür. Başta Rusya ve İngiltere buna karşı çıkmıştır. Çünkü, Türkiye'nin güçlenmesinden korkulmaktadır (53). Boru hatlarının, Türkiye'yi enerji potansiyeli açısından başat duruma getireceğinden korkmaktadırlar.

VIII - SONUÇ VE TÜRKİYE'NİN İKİLEMİ

Birçok istikrarsızlığı bünyesinde toplamış olan Ortadoğu'da, su kıtlığı politik durumu daha ciddi hale getirmekte ve daha çok gerginleştirmektedir. Dolayısıyla Türkiye, çok zengin su kaynaklarına sahipmiş gib gösterilerek, bölge ülkelerinin ve dünyanın önemli bir ilgi odağı haline gelmiştir.

Ancak, Türkiye su kaynakları ve özellikle içme ve kullanma suyu kaynakları bakımından sınırlı kadar zengin bir ülke değildir. Türkiye'de su tüketiminin büyük kısmı tarımda kullanılmasına ve GAP ile Güneydoğu Anadolu'nun tarımsal gelişimi bir ekonomik öncelik olarak düşünülmesine rağmen, Türkiye'nin uzun dönemde asıl sorunlarından biri, hızla artan kentli nüfusun su gereksinimlerinin nasıl karşılanabileceğidir.

21. yüzyıla girerken Türkiye'nin nüfusu 70 milyonu aşacak ve bunun % 60'ından fazlası şehirlerde yaşayacaktır. Su ihtiyacı, İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük metropollerin yanında birçok kasaba ve köylerde bile hızla artmaktadır. Marmara, Ege ve Akdeniz kıyılarında hızla gelişen iç ve dış turizm nedeniyle su gereksinimi günden güne artmaktadır. Adı geçen kent ve bölgelerin su ihtiyacı,

(53) Bkz. A. M. KOCADOĞLU, Petro-Strateji, Harp Akademileri Yayını, İstanbul 1996.

daha uzak bölgelerden ve çok büyük ve pahalı yatırımlardan sonra kar-
şılatabilecektir.

Bu nedenle yakın gelecekte Türkiye suyun bir damlasına muhtaç ül-
kelerden biri haline gelmek istemiyorsa, milli bir su politikası belirleyerek, coğ-
rafi avantajların kendine sağladığı şimdiki su üstünlüğünü iyi kullanmak ve de-
ğerlendirmek zorundadır (54).

Türkiye, ortadoğu'da genel dengeleri gözetmekle birlikte öncelikle kendi
insiyatifi ile hareket ederek kendi çıkarlarını korumak ve kollamak yönünde ha-
reket etmek zorundadır. İsrail'e Medusa Torbaları adı verilen büyük ve yavaş
hareket edebilen elastik mavnalar kullanarak su satılması yönünde atılacak bir
adım olabilir. İsrail bu yolla ya da Barış Suyu Projesi'nin hayata geçirilmesi ile
Ortadoğu'da elde edilebilecek istikrarın, Avrupa ekonomik çıkarları üzerinde de
olumlu etkilerinin olacağını düşünmektedir.

Bu gibi bir gelişme, Türkiye'nin AB'ye girme ve Batı'nın bir parçası olma
hedeflerine yaklaşmasını sağlamakla kalmayacak, Ortadoğu'ya yönelik barış ve
güvenlik politikalarının da gerçekleşmesine yardımcı olacaktır (55). Kuzey
Irak'taki Kürt oluşumu, Arap-İsrail barış sürecine girişilmiş olması bile, Or-
tadoğu'daki su sorunu ikinci plana itemedi. Yukarda anlattığımız Şam ve Ka-
hire'de toplanan Arap ülkelerinin GAP'ı durdurmayı isteme yönündeki kararı
bunun açık delilidir.

Barış suyu Projesi'ni öneren Türkiye, projenin uygulanabilirliği ve eko-
nomik olduğunu kesin bir raporla ortaya koyamamıştır. ABD'nin BROW-ROOT
firmasının yaptığı çalışma ve hazırladığı rapor, bir ön çalışma niteliğindedir. Bu
nedenle Türkiye Seyhan ve Ceyhan Nehirleri'nden verilecek suyun daha sonra
kendi ihtiyacı için kullanıp kullanmayacağını dahi kesin bir şekilde tespit et-
meyerek ikilem içine düşmektedir. Gelecekte kendi ihtiyaçları nedir? Bunun dahi
çalışmasını yapmamıştır. Kuzey Kıbrıs'a verilecek suyun ve Antalya böl-
gesindeki ihtiyaç fazlası sular ve membaaların miktar ve kalitelerine ait fizibilite
ve etüt raporları dahi hazırlanmamıştır.

Su konusunda Türkiye üzerinde senaryolar üretilirken, Türkiye'nin kendisi
olayları izlemekle yetiniyor. Ya da gelişmelere göre tavır takınıyor. Yani olay-
ların gerisinde kalıyor.

(54) F. MÜFTÜOĞLU, Türkiye'deki Sular Savaş Sebebi, 1-8 Kasım 1994 tarihli Zaman Gazetesi; C.
ÖZKİDER, Ortadoğu Ülkelerinde Su Sorunu, Yeni Forum Dergisi, Eylül 1994, sf. 35.

(55)H. Pınar BILGIN, Ortadoğu'da Su Sorunu, Yankı, Mart 1996, sf. 53.

Araplar'ı küstürmeyeyim diyerek, İsrail'in istediği suyu satmak ve pazarlamak için hareketsiz kalırken, Suriye ve Irak, Fırat ve Dicle suları konusunda, Türkiye'nin karşısına bir "Arap Lobisi" ile çıkmak istiyor.

Arap Lobisi ya da Arap Cephesi ile karşı karşıya kalan Türkiye'nin ister istemez İsrail ile işbirliği yapması önerilmektedir. Araplar, İsrail'in parayla istediği suyu satmamıza bile karşı çıkmaktadırlar. Nitekim, Suriye Büyükelçisi, İsrail'e Ceyhan ve Seyhan Nehirleri'nden ya da Manavgat Çayı'ndan su satma projesini eleştirerek, "Su, sudur. Karadeniz'den bile olsa, Yahudiler'e satılmamalıdır." demiştir (56).

Suriye ve Irak'ın Türkiye ile olan su anlaşmazlığının arkasında yatan en önemli neden güvensizliktir. Bu nedenle Suriye, komşularından, Arap ülkelerinden ve uluslararası forumlardan detek sağlama peşindedir. Ortadoğu'nun düşman kardeşleri kabul edilen Suriye ile Irak, 16 yıldır diplomatik ilişki içinde bulunmazken, Fırat ve Dicle suları konusunda yeni oyunlar peşine düştüler ve 1996 Şubat'ından itibaren Fırat ve Dicle üzerinde ve Türkiye sınırları içinde baraj projelerine katılan Batılı şirketlere, kendi ülkelerinde iş vermeyeceklerini bildirerek, tehditte bulundular (57).

Saplantılı bir biçimde Türk düşmanlığı duygusu ile hayalî Türk tehdidi paranoyasına kapılan Yunanistan ile Suriye aralarında savunma işbirliği anlaşması yaparak, Yunan uçaklarının Suriye'de konuşlanmasına imkan tanımıştır. Akıllı bir komşuluk ilişkisi yerine, hastalıklı ve çılgın bir ruh halinin tezahürünü gösteren bu iki ülke, sadece Türkiye'nin zarar görmesini istedikleri için, PKK'yı desteklemek, teröristlere yataklık yapmak, lojistik destek sağlamaktan başlayarak uluslararası platformlarda Türkiye aleyhine her türlü çılgınlığı yapmaktadırlar. Çünkü, bu iki ülkenin Türkiye'ye karşı olan politikaları, gizlenmeyecek kadar açık bir düşmanlık üzerine kurulmuştur (58).

Türkiye, özellikle su konusunda çıkmaz bir politika içindedir. 1987'de T. ÖZAL'ın imzaladığı bir protokolle saniyede 500 m³ suyu Suriye'ye bıraktığı yetmiyormuş gibi, Asi Nehri'nin sularını Türkiye'ye bırakmayan Suriye'ye karşı ciddi ve tutarlı bir önlem almamıştır/ alamamıştır.

Ama aynı Türkiye, Meriç Nehri'nden 4 milyon dolar karşılığı Bulgaristan'da su satın almaktadır. Fırat ve Dicle'de milyarlarca m³ suyu bedava

(56) Mehmet KOCAOĞLU, Uluslararası İlişkiler, sf. 493.

(57) Bkz. Su'da yeni oyun, 17.2.1996, Milliyet.

(58) Bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Suriye'nin Ortadoğu'daki Çıkmazı ve Bölücü Terör Örgütü PKK'yı Türkiye'ye Karşı Bir Politik Baskı Aracı Olarak Kullanması, Avrasya Dosyası, Suriye Özel Sayısı, Sonbahar 1995, C. 2, s. 3, sf. 83-104.

veren Türkiye, Bulgaristan'a anlaşılabilir bir biçimde devlet politikası ile para ödemektedir. Kaldı ki, sulamak için satın aldığımız suyun bedelini, suladığımız çeltiklerin değerini karşılamadığı belirtilmektedir. Her ne kadar resmi makamlar bunun aksini belirtmekteyseler de, çeltik üretici halk ve bu sertliğe dikkati çekmektedir. Resmi makamlara bu zıtlığın sebebi sorulduğunda, yetkililer, "Fırat suları uluslararası statüde, fakat meriç paralel su statüsündedir." diyerek, tamamen Türkiye'nin tezlerine aykırı bir dil kullanarak yanılıya düşmektedirler. Yanılıya düşmekle de kalmayıp, Türk Milleti'ni yanıltıyorlar (59).

Meriç'te vanaları açması için Bulgaristan'a 4 milyon doların üstünde para ödeyen Türkiye'nin Fırat'tan hiçbir ücret talep etmemesi yanında Asi Nehri'nden kendisine gerekli olan suyu bırakmamasına ses bile çıkarmamasını izahını yapmak mümkün değildir.

Uluslararası ilişkilerde ve dış politikada değişmez kural, karşılıklı yarar ve müteakabiliyettir. Türkiye'nin elinde Bulgaristan'ın kendisine karşı kullanabileceği kozlardan daha fazlası vardır ve bunu Suriye'ye karşı kullanabilir. Ancak, Türkiye'de eksik olan birşey vardır. Türkiye'nin milli gücüne uygun siyasal irade ve kararlılığın olmamasıdır. Ya da yerinde ve zamanında kullanılmamasıdır.

Türkiye'yi bunaltmak, kalkınmamızı ve GAP'ı önlemek için PKK ile işbirliği yapan Suriye, Yunanistan'la, İran'la, Irak'la işbirliği yaparak ve hatta Arap ülkelerinden bir cephe oluşturarak amaçlarını pekiştirmeye çalışmaktadır.

Bulgaristan'la Yunanistan MESTA Nehri'nin suları konusunda bir anlaşmaya varmışlardır. Yukarı kıyıdaş devlet olan Bulgaristan'ın devlet başkanı, muhalefetin baskısı üzerine anlaşmayı onaylamadan veto etti. Sınıraşan sularda yukarı kıyıdaş devletin, aşağıdakilere istedikleri kadar su verme zorunluluğu yoktur. Uluslararası hukukta da böyle bir düzenleme yoktur. Kaldı ki, uluslararası hukukta olsa bile, uluslararası hukuk, hiçbir devleti kendi menfaatlerini çıkmaza sokacak bir işlem veya eyleme zorlamaz. Böyle bir taleple karşılaşsa bile, bu talebi yerine getirme zorunluluğu yoktur.

Uluslararası ilişkilerde ve dış politikada esas olan güçlü devlet olmak değil, gerektiği zaman mevcut gücünü kullanabilme azim ve kararlılığını göstermektir. Maalesef, bugüne kadar Türkiye, su konusunda olduğu gibi, PKK konusunda da başta Suriye olmak üzere İran, Irak ve Yunanistan'a karşı bu kararlılığı göstermemiştir. Kararlılık göstermek mutlaka savaşla olmaz. (60). Adı geçen komşularımızdaki mevcut dengesizlik ve çelişkileri Türkiye'nin ateşlemesi, bu ülkelerin karışması ve mevcut dengelerini sarsması için yeterli olacaktır.

(59) Bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, dn. 58'deki Makalemiz ve Y. DOĞAN Temiz Sular, Pis Sular, 29.8.1993, Milliyet ; N. BATUR, Türkiye'nin Su Çıkmazı, 18.10.1993 tarihli Milliyetteki haber.

(60). Bkz. A. Mehmet KOCAOĞLU, Uluslararası İlişkiler, sf. 29-L63; dn. 58'Fdeki makalemiz, sf. 103.

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KONUSU

Doç. Dr. Yavuz ATAR (*)

I. GENEL OLARAK

Anayasa göre (m. 148/1), "Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak olağanüstü hallerde sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz".

Ayrıca milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliklerinin düşüğüne dair Türkiye Büyük Millet meclisi kararları da Anayasaya uygunluk denetiminin konusuna dahildir (m. 85).

Anayasa uygunluk denetiminin konusu bir kanun, kanun hükmünde kararname ya da içtüzüğün tamamı olabileceği gibi, bu metinlerin belirli madde ve hükümleri de olabilir (m. 150).

Anayasa, anayasa yargısı denetimi dışında tuttuğu normları ise, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri (m. 148/1), milletlerarası andlaşmalar (m. 90/son), inkılâp kanunları (m. 174) ve Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlar (Geçici m. 15) olarak belirtmiştir.

Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamında bulunan düzenleme türleri ayrı ayrı incelenirken yeri geldikçe denetim dışında tutulan normlarla ilgili açıklamalar da yapılacaktır.

II. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi teorik olarak, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde olduğu gibi şekil ve esas bakımından düşünülebilir. Şekil bakımından denetim genellikle kabul edilmekle

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

beraber (1), esas bakımından denetim bir takım sorunlar doğurmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi, anayasaya aykırı anayasa normlarının olabileceğinin kabulü halinde söz konusu olabilir. Anayasaya aykırı anayasa normları sorunu, anayasa değişiklikleriyle bağlantılı olarak doktrin ve mahkeme içtihatlarının tartışmalı konusu olmuştur (2). Doktrinde bazı yazarlar (3) anayasa kuralları arasında bir derece farkı, yani altlık-üstlük ilişki bulunamayacağını savunmaktadırlar. Bu düşünceye göre, Anayasada öngörülen usul ve şekil kurallarına göre kabul edilmiş bir anayasa kuralı, anayasanın diğer normlarıyla aynı değerdedir ve bunun iğ er anayasa normlarına uygun olup olmayacağı konusunda geçerli bir kriter bulmak son derece zordur. Hukuk düzeninde bir norm, ancak kendisinden üstün bir hukuk kuralına aykırı olduğunda geçersiz kabul edilebilir. Eşit değerdeki normlar arasında bir hiyerarşi değil, bir öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunabilir. O halde eşit değerdeki normlardan birinin diğerine uygunluğunu denetlemek mantıklı değildir.

Buna karşılık Anayasaya aykırı anayasa normları olabileceği, yani anayasanın kuralları arasında da bir derecelenme olduğu ve Anayasa üstü bir takım ilkelerin bulunduğunu ileri süren görüşler de vardır (4).

Anayasaya aykırı anayasa normları düşüncesini savunan bazı yazarlar bunların ortaya çıkabileceği halleri; meşru olmayan anayasa normları, anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığı, hiyerarşik açıdan üstün anayasa normları ile çelişen anayasa normları ve üstün hukuk kurallarını ihlal eden anayasa normlarının anayasaya aykırılığı olarak saymaktadır (5).

Yeni bir anayasanın meşruluk temelinden yoksun olması durumu, yeni anayasanın halkoyuna sunulacağı anayasada açıkça belirtilmiş fakat bu gerek

-
- (1) Bu konuda bkz. Onar, Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değişirme Sorunu, Ankara 1993, s. 131-132 ve dipnot 3; Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 132-133.
- (2) Onar, s. 131-164; Özbudun, Anayasa, s. 132-140; Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966, s. 101-103; Kıratlı, Metin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Ankara 1963, s. 54-56; San, Coşkun, Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974, s. 130-134; Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizdeki Kazai Mukarabe Sistemi, İstanbul 1967, s. 122-124; Eroğul, Cem, Anayasayı Değişirme Sorunu, Ankara 1974, s. 161-168; Hoccoğlu, A. Şeref - İsmet Ocakçioğlu, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara 1971, s. 157-169; Turhan, Mehmet, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", AÜHFD., Cilt XXXIII, 1976, Sayı 1-4, s. 63-101; Feyzioğlu Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951, s. 231; Erem, Faruk, Ön Mesele Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası, Ankara 1962, s. 19.
- (3) Özbudun, Anayasa, s. 133; Aynı yönde bazı görüşler için bkz. Turhan, s. 99; Gözler, Kemal, Kurucu İktidar, Ankara 1991, s. 142-144.
- (4) Bu görüşlerle ilgili olarak bkz. Onar, s. 133 dipnot 4; Esen, B. Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, Ankara 1972, s. 58-60; San, s. 133-134.
- (5) Bachof, Otto, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951, s. 7 (Nakleden: San, s. 131-134); Ayrıca bkz. Turhan, s. 68-69.

yerine getirilmemişse (6) veya halkoyuna sunulan anayasa metni ile sonradan yayımlanan metin arasında bazı farkların bulunması (7) hallerinde ortaya çıkabilir.

Ancak görüşlerin kabulü halinde dahi bu durumlarda, yeni anayasanın yürürlüğe girmesi anuna kadar geçerliliğini koruyan önceki bir anayasanın varlığı zorunludur. Aksi takdirde anayasaya uygunluk denetiminin neye dayanılarak yapılacağı sorunu karşımıza çıkacaktır. Örneğin, bir halk ihtilali ya da askeri darbe sonrasında mevcut anayasa tamamen yürürlükten kaldırılmış ve daha sonra yapılan bir anayasa ile ilgili olarak bu tür sorunlar ortaya çıkmışsa, artık bunların çözümü anayasa yargısı sürecinde değil, siyasî denetim ya da kamuoyu denetimi gibi yöntemlerde aranmalıdır.

Anayasaya aykırı anayasa normlarının, anayasa değişiklikleri yoluyla ortaya çıkması ise şekil ve maddî açıdan söz konusu olabilir. Değişiklik için öngörülen usullere uyulmaması şekil aykırılığı, anayasanın temel ilkelerine ters düşen veya bu ilkeleri ortadan kaldıran değişiklikler ise maddî aykırılığı oluşturur (8).

Doktrinde ortaya çıkan bu iki farklı görüşten anayasaya aykırı anayasa normları bulunabileceğini ileri sürenler bu aykırılığın nasıl giderileceği hususunda ise farklı çözümleri savunmaktadırlar. Bir kısım yazarlar (9) anayasa değişikliklerinin mutlaka hem şekil hem de esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenmesini; bazıları (10), iki zıt anayasa hükmünden sadece birisinin dikkate alınıp, diğerinin Anayasa iradesinin dışında sayılarak uygulanmaması gerektiğini; nihayet bir başka yazar (11) ise, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde, bunun, iki normun birbiri ile bağdaşır şekilde yorumlanarak giderilmesini önermektedirler.

Buraya kadar değinilen görüşlerden de anlaşılacağı gibi anayasa normlarının anayasaya aykırılığı ve bunların denetlenmesi sorunu kolayca halledilmesi

(6) Armağan, s. 123; San, s. 132.

(7) San, s. 132.

(8) San, s. 133; Ayrıca bir yazar, Anayasa değişikliklerini değişik ihtimallere göre şöylece sıralıyor: "...Birinci ihtimal, anayasa değişikliğinin Meclis tarafından usulüne göre yapılması ve değişikliğin yürürlükteki anayasanın ruhuna aykırı olmamasıdır..., İkinci ihtimal, anayasa değişikliğinin Meclis tarafından yine usulüne göre yapılması, ama bu değişikliğin anayasanın ruhuna aykırı olmasıdır..., Üçüncü ihtimal, anayasa değişikliğinin yine usulüne göre yapılmakla beraber, yürürlükte bulunan bir anayasa kuralıyla, dolaylı olarak çelişmesidir..., Dördüncü ihtimal, anayasa değişikliğinin ine usulüne göre yapılmakla beraber, yürürlükte kalan bir anayasa kuralıyla doğrudan doğruya çatışmasıdır" (Bkz. Eroğul, s. 166-167).

(9) Arık, K. Fikret, "Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme, Adalet Dergisi, 1961, s. 846; San, s. 133.

(10) Armağan, s. 124; Erem, S. 19.

(11) Kiratlı, s. 103.

mümkün olmayan bir konudur. Bununla beraber yukarıda değindiğimiz "Anayasanın bazı normlarının, hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üst düzeyde yer alamayacağı", görüşü bize de daha doğru gözükmektedir. Kaldı ki, Onar'ın (12) da isabetli olarak belirttiği gibi, "bu tür üstün ilkelerin veya normların bulunup bulunmadıkları bir yana; buldukları kabul edilse bile, o zaman da hangi ilkelerin veya normların üstün konumda görülüp, denetimde ölçüt olarak alınacakları hususunun bir takım tartışmalara yol" açması kaçınılmazdır.

1982 Anayasasının Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin düzenlemesinin incelenmesine geçmeden önce, kısaca 1961 Anayasası dönemindeki uygulamaya göz atmakta yarar görüyoruz.

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" (m. 147/1), demek suretiyle Anayasa değişikliklerinin denetiminden söz etmemiştir. Aynı şekilde 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun da bu konuda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin bu dönemde Anayasa değişikliklerini şekil ve esas bakımından denetlemeye tabi tuttuğu görülmektedir (13).

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında önüne gelen bir Anayasa değişikliğini, "1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasanın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır.. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasanın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz... Şu halde Anayasa değişikliği öngören kanunların da... Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur" (14), demek suretiyle Anayasaya uygunluğunu şekil bakımından denetlemiş ve iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında şu görüşlere yer vererek Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye de yetkili olduğunu ifade etmiştir; "1961 Anayasası, 9. maddesiyle bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez).

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef al-

(12) Onar, s. 135-135.

(13) Bu dönemde Anayasa Mahkemesinin tutumu ve çeşitli kararlarının değerlendirmesi için bkz. Onar, s. 136-142.

(14) E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, AMKD., Sayı 8, s. 322-323.

madığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Bu bakımdan bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir" (15).

Anayasa Mahkemesinin bu kararında, "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" (1961 AY. m. 9) hükmünün Cumhuriyet rejimini koruduğu düşüncesinden hareket ettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bununla da kalmayarak daha sonra verdiği bir kararda da (16), Anayasanın bütünlüğüne ve "çağdaş uygarlığın gerekleri"ne uymayan bütün Anayasa değişikliklerini esastan denetlemeye kendini yetkili görmüştür.

Anayasanın açıkça tanımadığı bir yetkiyi kullanarak Anayasa değişikliklerini hem de çok geniş ölçüde esastan denetleyen bu kararlarından dolayı haklı olarak eleştirilen (17) Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının konuya ilişkin 147 nci maddesinin 1971 yılında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa de-

(15) E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, AMKD., Sayı 8, s. 323.

(16) E. 1970/41, K. 1971/37, K.T. 13.4.1971, AMKD., Sayı 9, s. 428-429.

(17) Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa, s. 134-135; Onar, s. 142.

ğişikliklerinin de Anayasa da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" (18), şeklinde değiştirilmesinden sonra bile Anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi esastan denetlemeyi bu defa da, daha önce esas denetimi olarak kabul ettiği faaliyetini şimdi şekil denetimi olarak adlandırmak suretiyle gerçekleştirmiştir (19).

Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasanın Cumhuriyetin değişmezliğini düzenleyen 9 uncu maddesinin "değişmezlik kuralı ve teklif yasağı" olmak üzere "içeriği bakımından biçime ilişkin iki yönlü bir kural", "bir şekil şartı" olduğunu belirterek Cumhuriyet rejimini koruma iddiasıyla önüne gelen bir Anayasa değişikliğini "diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da" gerçekte esas bakımından Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmuştur. Bu karara göre, "...Cumhuriyet rejimini Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez..."

Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil kurallarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır..." (20).

(18) Maddenin değişiklik gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bu denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tespit olunmuştur." Bu değişikliğin, gerekçeden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesini önlemeye yönelik olduğu açıktır (Bkz. Onar, s. 143; Özbudun, Anayasa, s. 135).

(19) Onar, s. 144; Özbudun, Anayasa, s. 135; Yayla, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 989; Ünsal, Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 272.

(20) E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975, AMKD., Sayı 13, s. 430-431 (Bu kararın bir değerlendirilmesi için bkz. Onar, s. 144-148); Anayasa Mahkemesinin benzer gerekçelerle önüne gelen başka bir takım Anayasa değişikliklerini iptal ettiği bazı kararları için bkz. E. 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1977, AMKD., Sayı 14, s. 252 vd.; E. 1976/43, K. 1977/4, K.T. 27.1.1977, AMKD., Sayı 15, s. 106 vd.; E. 1977/82, K. 1977/117, K.T. 27.9.1977, AMKD., Sayı 15, s. 444 vd.

Anayasa Mahkemesinin, değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyet ilkesini ihlal ettikleri gerekçesiyle şekil bakımından Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak verdiği bu kararları, doktrinde bazı yazarlarca tasvip edilmekle beraber, diğer bir grup yazar tarafından da kanaatimizce haklı olarak; Mahkemenin, Anayasanın Cumhuriyet ilkesine ilişkin değiştirme yasağının kapsamının yorum yoluyla genişletildiği; şekil görüntüsü altında, esas bakımından denetim yapıldığı; Anayasada Cumhuriyetin nitelikleri olarak sayılan millilik, demokratiklik, laiklik, sosyallik, insan haklarına dayanma ve hukuk devleti kavramlarının hiçbir anayasa değişikliğini dışarda bırakmayacak ölçüde geniş olmaları sebebiyle Mahkemeye sübjektif kararlar verme imkanını kazandırarak hukukilik denetimini, yerindelik denetimine dönüştürebileceği; ve nihayet böyle bir tutumun "toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler" ile Anayasa Mahkemesinin bir çatışmaya girmesine yol açarak Anayasa yargısı aleyhine sonuçlar doğurabileceği şeklinde son derece önemli noktalardan eleştirilmiştir (21).

1982 Anayasasının, Anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki yaklaşımı ise, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan tutumuna bir tepki olarak (22), sınırlayıcı yönde olmuştur. Anayasanın 148 inci maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnemelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... (f.1). Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır... (f.2)". Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, Anayasa değişikliklerinde yapılacak denetimin şekil yönünden olacağını belirtmekle kalmamış, ayrıca şekil denetiminin sınırlarını açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin bunda böyle bir Anayasa değişikliğini Cumhuriyetin özüne uygunluk bakımından denetlemeye tabi tutması mümkün değildir (23). Anayasa ayrıca, Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminde Mahkemenin iptal kararı verebilmesi için, kanunların denetiminden farklı olarak, üçte iki oy çoğunluğu aramaktadır (m. 149/1).

Anayasanın, Anayasa değişikliklerinin denetiminde koyduğu sınırlardan "teklif çoğunluğu", değişiklik teklifinin Türkiye Büyük Millet meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yapılmasını (AY. m. 175/1); "oylama çoğunluğu", Anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının

(21) Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa, s. 136-137.

(22) Özbudun, Anayasa, s. 137.

(23) Özbudun, Anayasa, s. 138.

en az beşte üç (Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilen bir Anayasa değişikliğinin aynen kabulünde ise üçte iki) çoğunluğuyla kabul edilmiş olmasını (m. 175/1,3) (24); "ivedilikle görüşülememe" ise Anayasanın değişik 175 inci maddesiyle getirilen "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurul'da iki defa görüşülür" hükmündeki iki defa görüşülme zorunluluğunu ifade etmektedir (25).

Anayasa Mahkemesinin de 1987 yılında önüne gelen bir Anayasa değişikliği hakkındaki iptal talebini (26), aykırılık sebebi olarak ileri sürülen hususun Anayasanın, yukarıda açıklanan, 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe" gibi noktalara ilişkin olmadığı gerekçesiyle reddettiğini görüyoruz. Mahkemenin bu kararına konu olan Anayasa değişikliğine ilişkin 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun (m.4), 1982 Anayasasının siyasi yasakları düzenleyen geçici 4 üncü maddesini yürürlükten kaldırmış ve fakat bu hükmün yürürlüğe girebilmesini, Anayasanın o andaki düzenlemesinde yer almayan zorunlu bir halkoylamasına sunulma ve o halk oylamasında kabul edilme şartına bağlamıştı. Anayasa Mahkemesinin, söz konusu iptal talebini "ilk inceleme" safhasında reddettiği bu kararına göre, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" (27).

(24) Anayasa, şekil bakımından denetimde kanunlar için sadece "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılp yapılmadığı"na bakılacağını ararken, Anayasa değişikliklerinde "son oylama" yerine, "oylama çoğunluğu"ndan söz ettiğinden, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun maddelerine geçilmesi ve maddelerin kabul aşamalarında da oylama çoğunluğunun sağlanması gerekir (Bkz. Onar, s. 71, 152).

(25) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Onar, s. 151-153.

(26) Anayasa Mahkemesinde açılan bu iptal davasının gerekçesinde, 3361 sayılı Kanunun siyasi yasakları kaldıran 4 üncü maddesinin, Anayasanın değiştirilmesine ilişkin maddede (AY. m. 175) değişiklik yapan 3361 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, o anda yürürlükte bulunan Anayasanın değiştirilmesi kurallarıyla öngörülen teklif ve oylama çoğunluklarına uyularak kabul edilmiş bulunduğu ve bu sebeple kesinleşmiş sayılması gerektiği ve artık bunun halkoyuna sunulmasının şekil yönünden Anayasaya aykırı olacağı iddia edilmiştir (Bkz. AMKD., Sayı 23, s. 282-283).

(27) E. 1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.6.1987, AMKD., Sayı 23, s. 285-286 (Bu kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Onar, s. 153-155 ve dipnot 43, 44; Özbudun, Anayasa, s. 139-140).

1982 Anayasasının, Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak yapılacak yargısal denetimi yukarıda açıklandığı şekilde sınırlamış, buna karşılık değiştirilmesi yasaklanan maddelerin sayısını ise artırmış olması doktrinde haklı olarak çelişkili bulunmakta ve eleştirilmektedir. Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu, Anayasanın bu düzenlemesi karşısında, Anayasa Mahkemesinin bu maddelere ilişkin olarak yapılacak bir Anayasa değişikliğini denetlemeyeceğine ve değiştirme yasağının yasama organına hitap eden bir hüküm olduğuna işaret etmektedirler (28).

Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulacak kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisindeki işlemlerinde şekil bakımından bir aykırılık olması halinde, Özbudun'a göre, artık "kurucu iktidarın aslı sahibi olan halk iradesinin onayı" ile bu sakatlıkların ortadan kalktığı kabulü gerekir (29). Halkoylamasının usulüne uygunluğu hakkındaki denetim yetkisi ise Yüksek Seçim Kuruluna aittir (30).

III. KANUNLAR

A- Genel Olarak Kanunlar

Anayasa Mahkemesinin en önemli görevi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Kanun, "şekli ve organik anlamda kanun" ve "maddi anlamda kanun" olmak üzere iki anlamda kullanılır. Şekli anlamda kanun, Anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından belirtilen usul ve biçimde kabul edilerek yürürlüğe konulan (AY. m. 88-89) yazılı hukuk kurallarıdır (31). Şekli anlamda kanunda, kanunun muhtevası ve kapsamı önemli değildir. Kanun onu yapan organa göre nitelendirilir. Bu anlamda belli bir kişiye maaş bağlanmasına ilişkin kanun, bireyleri belli bir duruma sokan vatandaşlık ve kadro kanunları,

(28) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, s. 156-164 ve oradaki dipnotlar; Ayrıca bkz. Özbudun, Anayasa, s. 138; Kuzu, Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s. 184; Prof. Dr. Bakır Çağlar ise, Anayasasının değiştirilmesi yasaklanan maddeleriyle çatışan diğer düzenlemeleri arasındaki bu ihtilafın giderilmesi için "Anayasasının diğer kuralları yorumlanırken" Anayasanın "temel değerleri(ne) uygun olarak" yorum yapılmasını önermektedir (Bkz. Çağlar, Bakır, "7-10 Mayıs 1990 tarihinde Ankara'daki VIII. Anayasa Mahkemeleri Konferansında Selim Kanet'in konuşmasına karşı sorulan bir soruya verdiği cevap", Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Cilt 5, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, No 20, s. 41-42).

(29) Bkz. Özbudun, Anayasa, s. 138-139; Aksi görüş için bkz. Aliefendioğlu, Yılmaz, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1984, s. 111-112.

(30) Aliefendioğlu, s. 111-112.

(31) Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 10; Şekli anlamda kanun kavramı için ayrıca bkz. Teziç, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1978; Kıratlı, s. 93-94; Armağan, s. 55; Hocaoğlu-Ocaçoğlu, s. 124-125; Balta, T. Bekir, Kısa İdare Hukuku, Ankara 1962, s. 66; Azrak, Ülkü, "Türk Anayasa Mahkemesi", İÜHF., Cilt XXVIII, 1962, Sayı 3-4, s. 675-676; Aliefendioğlu, s. 106.

Maliye Bakanlığının vergi toplama ve harcama yapmasına izin ve yetki veren bütçe kanunu ve kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hakkındaki kanunlar gibi hukuk normu koymayan (32) kanunlar da, yasama organınca yapıldıkları için şekli anlamda kanun sayılırlar (33).

Maddi anlamda kanun ise, geniş ve dar olmak üzere iki açıdan ele alınabilir. Geniş anlamda maddî kanun, kaynağı ne olursa olsun bütün hukuk kurallarına denir (34). Dar anlamda maddî kanunun Türk Hukuk Lügatındaki tanımı ise şöyledir: "Yasama uzvu tarafından, muayyen şekilleri uyularak tanzim edilen ve yürürlüğe girmesinden itibaren cemiyet için riâyeti mecburî olan umumî, mücerret ve daimî kaideleri ihtiva eden bir tasarruftur" (35). Maddi anlamda kanun, kanunun muhtevası ile ilgili bir anlam taşır. İşlemin kaynağı, yani yapan organ dikkate alınmaz. Bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda, ortada maddî anlamda bir kanun vardır. Maddi kanun bu bakımdan, tüzük ve yönetmelik gibi organik açıdan idari düzenleyici işlemleri de kapsar (36).

Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemesinde esas alınan kanun kavramı, şekli anlamda kanundur. Şekli kanunla yapılan her işlem yasama işlemidir. Anayasa 7 nci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez", kuralını bir ayırım yapmadan kanunun şekli ve maddî anlamlarını kapsamak üzere koymuştur. Bunun anlamı şudur; yasama organı tarafından anayasa ile öngörülen usul ve şekilde çıkarılan her metin iptal davasına konu olabilir. Yani kural olarak her kanun Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Doktrinde anayasaya uygunluk denetiminin konusunun şekli anlamda kanun olduğu ittifakla kabul edilmektedir (37).

Anayasanın 87 nci maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenlerken, "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" şeklindeki hükmüyle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin asıl görevini belirlemiş, bunun yanında bazı işlemleri için "karar vermek" deyimini kullanmıştır. Bu maddeye göre

(32) Özbudun, Anayasa, s. 350.

(33) Teziç, Anayasa, s. 10.

(34) Balta, s. 66; Kıratlı, s. 93.

(35) Sıddık Sami Onar, maddî anlamda kanunu, "daimî, mücerret, ifa ve riayeti mecburi bir kaideyi ihtiva eden objektif bir hukukî tasarruf" olarak tanımlamaktadır (Bkz. Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, Cilt 1, s. 358).

(36) Teziç, Anayasa, s. 10.

(37) Özbudun, Anayasa, s. 350; Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 125; Aliefendioğlu, s. 106; Kıratlı, s. 93-94; Armağan, s. 55-56, 58; Azrak, s. 675; Güneş, Turan, "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine", AÜSBFD., Cilt XVI, Sayı 3-4, s. 356; Balta, Kısa İdare Hukuku, s. 73.

Türkiye Büyük Millet Meclisi para basılmasına ve savaş ilanına, genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verir. Yine Anayasa çeşitli maddelerinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin savaş hali ilanına, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin vermeye karar vereceğinden söz etmektedir. Anayasanın "karar vermek" deyimini kullanmasına rağmen, bunlardan bazıları kanun, bazıları ise karar şeklinde çıkmaktadır.

Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisinin "kanun" adını taşıyan bütün işlemleri kabul edilen bazı istisnalarla, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenilebilecek, fakat "karar" adını taşıyan işlemleri dokunulmazlığın kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine ait kararlar hariç olmak üzere anayasa yargısı denetimi dışında kalacaktır (38). Bununla beraber, aşağıda "Parlamento Kararları"nın denetimi bahsinde ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, adı "karar" olsa bile eğer bu parlamentonun bu işlemi muhtevasında kişiler bakımından uyulması zorunlu, yükümlülük doğurucu, genel ve objektif nitelikte hükümler bulunuyorsa Anayasa Mahkemesi bunları "kanun" olarak nitelendirip denetleme kapsamına alacaktır.

B- Kanuna Eşit Metinler

Türk Pozitif Hukukunda, bir takım özellikleri bakımından birbirinden farklı olmakla beraber genellikle önceki dönemlerden günümüze kadar uygulanagelen ve hala yürürlükte bulunan kanuna eşit nitelikte bazı metinler de yer almaktadır. Bu metinler şunlardır:

Padişahlık devri metinleri: Osmanlı Devleti döneminde padişahın iradesi ile çıkan her metin, adı ne olursa olsun, kanun niteliğinde ve kuvvetinde sayılır (39).

Kanun-u Muvakkat: Meşrutiyet Devrinde Kanun-i Esasının 36 ncı maddesi, Meclis-i Umumi toplantı halinde olmadığı zamanlarda belirli şartlarda ve belirli amaçlarla Heyet-i Vükelaya padişah iradesiyle kanun niteliğinde geçici kararnameler çıkarmak yetkisini tanıyor ve bu kararların, Meclis toplantı karar verinceye kadar, "muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde" olduğu belirtiliyordu. Bu hükme dayanarak hükümetçe birçok kararnameler çıkarılmış, bazıları "kararname", bazıları "nizamname" bazıları da "kanun-u muvakkat" olarak adlandırılmıştır. Bunların bir kısmı hâlâ yürürlüktedir.

Söz konusu padişahlık devri metinleri ve kanun-u muvakkatlar da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (40). Bu metinler bugün anayasa yargısının

(38) Kıratlı, s. 95.

(39) Balta, T. Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970/1972, s. 167-168.

denetimi kapsamında bulunmaktadır. Ancak bunların süre sebebiyle iptal davasına konu olmaları mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası ile kurulmasından sonra, o dönemde, bu metinlerin de altı aylık bir süre içinde Anayasa Mahkemesine iptal davası yoluyla götürülmesi imkanı vardı (44 sayılı Kanun, geçici 5 inci madde). Şimdi ise, bu kanuna eşit metinler ancak itiraz yoluyla (somut norm denetimi) anayasa yargısının konusu olabilir.

Bu durum, 1924 Anayasası (m. 26) ile yasama organına tanınmış olan kanunları yorumlama yetkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve bugün hâlâ yürürlükte bulunan Meclis Yorumları için de geçerlidir (41). Ancak Meclisin yorum yapma yetkisi 1961 Anayasası ile kaldırılmış, 1982 Anayasası da 1961 Anayasası gibi buna yer vermemiştir. Buna göre 1924 Anayasası döneminde çıkmış bulunan meclis yorumları, bir kanunla kaldırılmadıkça, yürürlükte kalacak ve itiraz yoluyla anayasa yargısı denetimine tabi olacaktır (42).

C- Milletlerarası Andlaşmalar

Anayasa yargısının konusu incelenirken değinilmesi gereken bir husus da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kanunla uygun bularak (AY. m.90/1) iç hukuka dahil ettiği ve böylece kanun haline gelen (AY. m.90/son) milletlerarası andlaşmalardır.

Andlaşma; milletlerarası hukukun bu alanda yetki verdiği kişiler arasında yapılan ve milletlerarası hukuka uygun bir şekilde hak ve yükümlülükler doğurmak, daha önce kurulmuş bir hukuk ilişkisini değiştirmek ya da ortadan kaldırmak amacına yönelik hukukî işlem olarak tanımlanmaktadır (43). Milletlerarası andlaşmalar genellikle iki-tarafli ve çok-tarafli olmak üzere ikili bir ayırımla ele alınmaktadır. Ancak bir andlaşma, milletlerarası ya da milletler-üstü bir örgüt ya da kuruluş ile üçüncü bir devlet arasında yapılmış ise bunların iki-tarafli olduğu kabul edilmektedir. Çünkü her ne kadar bir tarafta birden fazla devlet bulunmaktaysa da bunlar bir örgüt içinde birleşmiş ve andlaşma bakımından tek bir taraf durumuna gelmişlerdir (44).

1982 Anayasasına göre andlaşmalar Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmak suretiyle bağlayıcılık kazanır (m.104). Yine Anayasaya göre, "Türkiye

(40) Balta, İdare Hukuku, s. 168; Kıratlı, s. 95-96; Bu konuda bazı Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. E. 1965-/16, K. 1965/41, K.T. 6.7.9165, AMKD., Sayı 3, s. 173-174; E. 1964/4, K. 1966/25, K.T. 3.5.1966, AMKD., Sayı 4, s. 168-172; E. 1963/28, K. 1963/66, K.T. 25.3.1963, AMKD., Sayı 1, s. 120.

(41) Özbudun, Anayasa, s. 351.

(42) Balta, İdare Hukuku, s. 168-169.

(43) Pazarıcı, Hüseyin Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Ankara 1985, s. 93-94; Çelik, Edip F., Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1984, s. 57.

(44) Pazarıcı, s. 98-99.

Cumhuriyeti adına yabancı devletler ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır" (m.90/1). Anayasanın bu düzenlemesi ile "onaylama" safhası ile "onaylamayı uygun bulma" safhası birbirinden ayrılmıştır. Buna göre bir andlaşma kural olarak ancak bir uygun bulma kanunu ile kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmak suretiyle geçerli olabilmektedir. Ancak andlaşmaların uygun bulunması şartı için bir takım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnai hükümlere göre bazı şartları taşıyan andlaşmaların Bakanlar Kurulu tarafından kabul edildikten sonra sadece Cumhurbaşkanı tarafında onaylanmak suretiyle geçerlilik kazanması mümkündür (AY.m.90/2-4; 244 sayılı kanun, m.2/2-4). Bu andlaşmalar da iki kategoriden oluşmaktadır: i) Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak Türk kanunlarında değişiklik yapmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. (AY.m.90/2). Daha önce yapılmış Milletlerarası andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunların önceden verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için yayımlanması zorunludur. Bunlar yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz (AY.m.90/3).

Andlaşmanın niteliği ne olursa olsun, yani yukarıdaki iki istisnai gruba girse dahi, Türk kanunlarında değişiklik yapması halinde bunların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmadan önce, Meclis tarafından bunlar hakkında onaylamanın uygun bulunmasına ilişkin bir kanunun çıkarılması zorunludur (AY.m.90/4). Anayasanın bu hükmü ile Meclisin bilgisi ve yetkisi dışında bir andlaşma ile kanunlarda değişiklik yapılmasına izin verilmemiştir.

Bir andlaşmanın iç hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması yeterli olmayıp, bunların Bakanlar Kurulu kararname ile Resmi Gazetede yayımlanması gerekmektedir (244 sayılı kanun, m. 3/2). Ancak yayımlanmasına gerek olmayan andlaşmalar bakımından bu şart aranmaz. Bunlar ise sadece özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen teknik ve idari andlaşmalardan ibarettir (AY.m.90/3).

Anayasaya göre (m.90/5), "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz". Anayasanın bu hükümden açıkça anlaşılmaktadır ki, andlaşmalar Türk hukuk düzeninde kanun

niteliğindedir ve kanunlar gibi uygulanacaktır. Andlaşmaların Anayasaya uygunluğu konusunda gerek soyut norm denetimi (iptal davası), gerekse somut norm denetimi (itiraz) yoluyla bir yargısal denetimin yapılması mümkün değildir. Bu yasaklayıcı düzenlemenin amacı, esas itibariyle devletin yükümlülük altına girdiği bir konuda milletlerarası sorumluluğuna yol açmamak ve Türkiye'nin devletler-üstü niteliğe sahip kuruluşlara Anayasaya aykırılık sorunlarıyla karşılaşmadan girebilmesini sağlamaktır (45). Anayasanın bu düzenlemesi karşısında doktrinde andlaşmaların iç hukuk bakımından değeri konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki yargı kararları ise çelişkilidir (46). Bazı yazarlar (47) Anayasanın, andlaşmaları kanunların üstüne çıkardığını ileri sürerken, diğer bazı yazarlar (48), Anayasa hükmünün açık olmadığı ve çeşitli yorumlara yol açabileceği görüşündedirler. Bu konudaki son görüşe göre ise (49), andlaşmalar ile kanunlar eşit değerde olup, biri diğerinden üstün değildir. Hatta bir yazara (50) göre, andlaşmalarla kanunların çatışması halinde ikisini bağdaştıracak bir yorumun yapılması imkanı yoksa, bu durumda iç hukuktaki iki kanun arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanan kuralların uygulanması gerekir. Kanaatimizce de doğru olan bu görüşe göre, Anayasada andlaşmaların Anayasaya aykırılığının iddia olunamamasının öngörülmesi, andlaşmaların kanunlardan üstün tutulduğu şeklinde yorumlanamaz. Andlaşmaların Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülememekle birlikte, yasama organı tarafından andlaşmalara aykırı kanuni düzenlemelerin yapılması ya da bunların iç hukuktaki etkilerinin değiştirilmesi ve kaldırılması her zaman mümkündür. Böyle bir davranış, Devletin andlaşmayla üstlendiği milletlerarası yükümlülüklerine uymaması anlamına gelir ve onun milletlerarası sorumluluğuna yol açar (51). Fakat Anayasada öngörülen bazı istisnalar (AY.m.15,16,42,92) dışında, iç hukuk bakımından bunu engelleyen bir düzenleme bulunmaktadır (52).

Anayasanın milletlerarası andlaşmaları anayasa yargısı denetimi dışında tutması, andlaşmaların da kanun değerinde bir hukuk kaynağı olması nedeniyle, bunların Anayasaya aykırı olabilmesi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Andlaşmaların yargı denetimi dışında tutuluş olmasının gerekçeleri denetim dışı tutulmanın sakıncalarını belli ölçüde makul göstermekle beraber bu yolla, yasama

(45) Özbudun, Anayasa, s. 185.

(46) Bu konuda bkz. Pazarıcı, s. 30-31.

(47) Akıpek, İlhan, Devletler Hukuku, Kitap I, Ankara 1970, s. 28-29; Şeref Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 201.

(48) Çelik, s. 209-210; Meray, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I, Ankara 1968, s. 131.

(49) Özbudun, s. 186; Pazarıcı, s. 30-32; Meray, s. 132.

(50) Balta, Tahsin B., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 1970, s. 278.

(51) Özbudun, Anayasa, s. 186; Pazarıcı, s. 31.

(52) Pazarıcı, s. 31-32.

ve yürütme organının Anayasa ile sahip kılınmadığı bir yetkiyi andlaşmalarla elde etmesi ve kullanması tehlikesi söz konusu olabilecektir (53).

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele de andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunların denetime tabi olup olmadığıdır. Anayasanın 90 ıncı maddesi andlaşmaların anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini hüküm altına almasına karşılık, andlaşmaları uygun bulmakanunları hakkında anayasa yargısı denetimi bakımından bir düzenleme yapmamıştır. Denetleme dışı tutma istisna, denetleme ise kuraldır. Bu ilkedен hareketle, uygun bulma kanunlarının andlaşmaların denetlenememesinden doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla denetlenmesi gereği ileri sürülmektedir (54). Buna karşılık aksi görüş (55), uygun bula kanunlarının denetlenmesinin kabul edilmesi halinde, Anayasanın ortadan kaldırmak istediği sonuca dolaylı olarak ulaşmak imkanını doğurduğu için, onaylamanın uygun bulunması kanunu hakkında da Anayasa Mahkemesine gidilemeyeceğini savunmaktadır. Bazı yazarlara (56) göre de, "ayrılabilir işlem" kavramından hareketle denilebilir ki, uygun bulma kanunu, andlaşmanın kendisinden ayrılabilir, kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve iç hukuk düzeninde etki doğurabiliyorsa bu kanunun Anayasa aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir; aksine bu kanun ancak andlaşma ile birlikte bir anlaş taşıyor ve etki doğuruyorsa bu durumda bunun anayasa yargısına konu olması mümkün değildir. Özbudun'a göre, uygun bulma kanunları genellikle andlaşmaların uygun bulunduğunu gösteren basit bir hükümden ibaret olup, bağımsız olarak kendi başlarına hukuk düzeninde etkili olamayacaklarından, bunlar için Anayasa Mahkemesine başvurulması ihtimali çok zayıftır. Ancak, Anayasanın şekil bakımından denetlemeyi Anayasa değişiklikleri açısından bile kabul etmiş olması karşısında, uygun bulma kanunlarının da şekil bakımından denetlenmesi mümkün olabilmelidir. Eğer bir kanun şekil yönünden Anayasaya aykırı ise, yasama organının geçerli biçimde ortaya çıkmış bir iradesi bulunmayıp, bir "yolsuz onay" söz konusu olmaktadır (57).

D- İnkılap Kanunları

Anayasanın İnkılap kanunlarının korunması başlığını taşıyan 174 üncü maddesine göre, "Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık

(53) Kıratlı, s. 11; Armağan, s. 65.

(54) Kıratlı, s. 112.

(55) Armağan, s. 63-64.

(56) Özbudun, Anayasa, s. 186-187; Çelik, Edip F., Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, İstanbul 1975, s. 212.

(57) Özbudun, Anayasa, s. 187.

düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacı güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz" (58).

Anayasada, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulan söz konusu bu kanunlar hakkında değiştirme veya kaldırma konusunda bir yasak öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu kanunlar yasama organınca kadırlabilir ya da değiştirilebilir (59).

E- Millî Güvenlik Konseyi Dönemi Kanunları

Anayasanın geçici 15 inci maddesine göre (f.1-2), "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde (7.12.1983 tarihine kadar) yasama ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyi" dönemi içinde "çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anaya Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez".

1982 Anayasası bu hükmüyle 1961 Anayasasında olduğu gibi (geçici m.4) olağanüstü ara dönemlerde çıkarılan kanunların olağan döneme geçildikten sonra da denetlemeye tabi olmadan yürürlükte kalmasını amaçlamaktadır. Anayasanın bu düzenlemesi, Anayasaya aykırı olabilecek bir takım kanunların yürürlükte kalmasına imkan vererek Anayasa düzeni içinde çelişkiler yaratabileceği (60) ve insan hak ve hürriyetlerini zedeleyici nitelikte olmasının mümkün ve muhtemel olabilmesi (61) sebebiyle haklı olarak eleştirilmekte ve denetleme dışı bi-

(58) Anayasanın 174 üncü maddesinde sayılan kanunlar şunlardır:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanunu;
3. 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 Tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esasî ile aynı Kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkanın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;
7. 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi lâkap ve ünvanların kaldırıldığına dair Kanun;
8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair kanun.

Anayasa Mahkemesinde bu kanunlar hakkında dava açılmamış olmakla beraber Mahkeme şu kararlarında bu kanunları düzenleyen 1961 Anayasasının 153 üncü maddesine (1982 AY.m.174) atıfta bulunmuştur: E. 1970/53, K. 1971/79, K.T. 31.10.1971, AMKD., Sayı 10, s. 52-79; E. 1966/19, K. 1968/25, K.T. 18/19.6.1968, AMKD., Sayı 7, s. 18-48.

(59) Armağan, s. 60.

(60) Özbudun, Anayasa, s. 351-352.

(61) Kıratlı, s. 114; Özçelik, Selçuk, "1961 Anayasasına Göre Anayasa Mahkemesi", İÜHF.M., Cilt XXVIII, s. 610 vd.

rakılacak bu devreye ait kanunlar için, hiç olmazsa belli bir kıstas konulması önerilmektedir (62). Anayasanın bu tür bir koruyucu hüküm koymak suretiyle Anayasa yargısı denetimi dışında tuttuğu Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunları bir yazar (63) tarafından "ikinci anayasa" olarak nitelendirilirken, bir diğer yazar (64) da bunları "İkinci İnkılap Kanunları" olarak adlandırmaktadır. Sözü edilen dönemde çıkarılan kanunların genellikle temel öneme sahip seçim, siyasi partiler, bazı temel hak ve hürriyetler gibi konulara ilişkin olması, bunların Anayasa yargısı denetimi dışında tutulmalarından doğan sakıncayı daha da artırmaktadır.

1961 Anayasası (geçici m.4) ile konulmuş olan Milli Birlik Komitesi dönemi kanunları hakkındaki denetleme yasağı, 1961 Anayasasının yürürlükten kalkmış olması ve 1982 Anayasasının da bu dönem kanunlarını denetim dışı bırakan özel bir hüküm getirmemiş olması karşısında, artık geçerliliğini yitirmiştir. Buna göre Milli Birlik Komitesi döneminde çıkarılan kanunların Anayasa Mahkemesince denetlenmesi mümkündür (65). Doğaldır ki, söz konusu bu kanunlar iptal davası yoluyla değil de, ancak itiraz yoluyla anayasa yargısı denetiminin konusu olabilirler.

1982 Anayasasının geçici 15 inci maddesi, adından çıkarılacak basit sonuçla gerçekten geçici olması gerekirken, bu hükmün lafzî ve tarihî yorumu bunun kalıcı olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi (66) ve genel olarak

(62) Kıratlı, s. 114.

(63) Tanör, Bülent, İki Anayasa, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 113.

(64) Hatemi, Hüseyin, "Anayasaya Aykırı Olmayan Kanunlar", Yeni Gündem, Sayı 37, 27.12.1985, s. 12.

(65) Özbudun, Anayasa, s. 351; 1961 Anayasası döneminde 27 Mayıs 1960 - 6 Ocak 1961 arasında çıkarılan bazı kanunlar hakkında iptal talebinde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesi de bu talepleri 1961 Anayasasının geçici 4 üncü maddesine istinaden reddetmiştir. Bu nitelikte bazı kararlar için bkz. (E. 1962/37, M. 1962/35, K.T. 11.9.1962, AMKD., Sayı 1, s. 17; E. 1965/1, K. 1965/5, K.T. 14.1.1965, AMKD., Sayı 3, s. 21-22; E. 1970/24, K. 1970/24, K.T. 14.5.1970, AMKD., Sayı 8, s. 257; E. 1963/69, K. 1966/8, K.T. 15.2.1965, AMKD., Sayı 4, s. 72-74).

(66) Anayasa Mahkemesi bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin olarak açılan davayı incelerken, söz konusu partinin kendisine uygulanacak olan Siyasi Partiler Kanununun 96 ve 97 nci maddelerinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi üzerine, Siyasi Partiler Kanununun Milli Güvenlik Konseyi Döneminde çıkmış bulunduğundan bahisle, bu Kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılıklarının Mahkemece denetlenemeyeceğini belirtmiş ve kararında geçici 15 inci maddeyle ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir: "...geçici 15.m. ile Anayasaya giren bu yasakla güdülen amacın, Milli Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkisini elinde tuttuğu dönemlerde kabul edilerek yürürlüğe konulan kanunların değiştirilmelerinin mümkün olmadığı ve bunların temelli olarak Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmasının istendiği biçiminde anlaşılmasına olanak yoktur. Tam tersine Geçici 15. maddenin tümü dikkate alınarak incelendiği takdirde yapılan düzenleme ile bu dönemde çıkarılan yasalar için mutlak bir dokunulmazlığın tesisi ve böylece Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin ihlali değil, bu madde kapsamındaki kanunların değiştirilmelerine veya yürürlükten kaldırılmalarına değil Anayasaya uygunluk denetimi yoluyla bu hükümlerin tartışma konusu yapılmasını ve bu yoldan yararlanılarak 12 Eylül Harekatını zedelemeye yönelik girişimlere fırsat verilmeyip, onları önleme ereğinin.güdüldüğünden kuşku du-

doktrin (67) de bu maddenin geçici olmadığı kanaatindedir. Bir yazarın (68) vurguladığı gibi, geçici maddeler belli engelleri aşmak ve kısa vadeli sorunları çözmek amacıyla konulur. Bunlar ortadan kalkınca geçici maddelerin görevi de sona erer, yani "mani zail olunca memnu avdet eder". Oysa geçici 15 inci maddenin koyucuları bu yorumun yapılmasını istememiş, geçici 15 inci maddeyi 174 üncü madde gibi düzenlemişlerdir.

Kuşkusuz Anayasanın bu düzenlemesi, yaşama organının geçici 15 inci maddeyi kaldırmasını ya da değiştirmesini hiç bir şekilde engellememektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi her zaman bu hükmü ilga edebilecektir.

F. Kanunlara İlişkin Bazı Sorunlar

Kanun kavramına giren düzenleme ve tasarrufları bu şekilde inceledikten sonra, son olarak kanunlara ilişkin bazı sorunlar üzerinde duracağız.

1) Yürürlükte bulunma durumu: Bir kanunun Anayasaya uygunluk denetimine konu olabilmesi için, o kanunun yürürlükte olup olmadığına tespit edilmesi gerekir. Eğer kanun yürürlükten kalkmış ise onun düzenlediği konu da ortadan kalkmış olacağından, artık onun denetlenmesi de gereksiz hale gelir (69). Anayasa Mahkemesi bir kararında "kanunun yürürlükte olması" kaydına açıkça değinerek "davanın dava gününde yürürlükte bulunan hüküm hakkında değil, ...sayılı Kanunla değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış hüküm için açıldığı... anlaşılmaktadır. Şu hale göre davanın açıldığı günde yürürlükte olmayan hüküm hakkında olması nedeniyle reddi gerekir" (70).

yulmamalıdır. Bahis konusu geçici 15. maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal korunma altında bulunan yasa hükümlerinin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden de söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak, Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir" (E. 1984/1, K. 1984/1, K.T. 28.9.1984, AMKD., Sayı 20, s. 450-455; Aynı nitelikte bazı kararlar için bkz. E. 1985/19, K. 1985/21, K.T. 28.11.1985, R.G. 22.12.1985, Sayı 18966; E. 1983/4, K. 1983/4, K.T. 3.11.1983, AMKD., Sayı 20, s. 398-430).

(67) Tanör, s. 113; Özbudun, s. 351-352; Sosyal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul 1987, s. 396; Hatemi, s. 12; Buna karşılık 1982 Anayasanın yapımında Anayasa Komisyonu Başkanı olarak görev yapan Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı, doktrindeki bu genel kanaatin aksine, geçici 15 inci maddenin artık yürürlükte olmadığını, maddede belirtilen "bu dönem" ibaresinin bu hükmün geçerli olacağı dönemi gösterdiğini belirtmektedir. Aldıkaçtı, bir dava dolayısıyla bir mahkemeye verilen bilirkişi raporunda bu anayasa hükmünün sadece itikaf safhasında geçerli olduğunu ve TBMM Başkanlık Divanının oluşması ile (7.12.1983) yürürlükten kalktığını ileri sürmektedir (Bu Rapor için bkz. Yeni Gündem, Sayı 30, 16.9.1985, Ek 9).

(68) Hatemi, s. 12.

(69) Kıratlı, s. 137.

(70) E. 1963/144, K. 1967/6, K.T. 14.2.1967, AMKD., Sayı 5, s. 47; Anayasa Mahkemesinin benzer kararları için bkz. E. 1963/145, K. 1967/20, K.T. 27.6.1967, AMKD., Sayı 5, s. 118; E. 1963/124, K. 1963/243, K.T. 11.10.1963, AMKD., Sayı 1, s. 346; E. 1969/1, K. 1969/7, K.T. 30.1.1969, AMKD., Sayı 7, s. 227 vd.

2) Anayasa değişikliklerinin mevcut kanunların yürürlüğüne etkisi: Bu konu Anayasa vasıtasıyla zımnî ilga müessesesi ile ilgili olduğundan, zımnî ilga kavramını incelemek gerekmektedir.

Doktrinde Anayasa vasıtasıyla zımnî ilga konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar (71) ve Anayasa Mahkemesi Anayasa ile kanun hükümlerinin zımnî ilga edilmiş sayılmasını anayasaya aykırılıkla aynı nitelikte kabul ederek, böyle bir aykırılığın ancak usulüne uygun olarak yetkili merci, yani Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi görüşünü savunmaktadırlar.

Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı bazı şartlarla kabul eden görüş ise şu gerekçelere dayanmaktadır: Anayasanın belirli bir konuyu bütün ayrıntılarıyla doğrudan doğruya düzenleyen hükümleri, daha önceki kanunların aynı konuyu farklı olarak düzenleyen hükümlerini kendiliğinden ortadan kaldırır. Alelâde kanunlar için kabul edilen bu esasın anayasa için tanınmamasını haklı gösterecek hukukî bir sebep mevcut değildir (72). Ayrıca Yargıtay da bir Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı kabul edici nitelikte birtakım görüşlere yer vermiştir (73).

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki temel görüşü şu kararında açıkça ortaya konmuştur:

"Eğer Anayasanın, yürürlüğe girdiği tarihte var olan kanunlardaki aykırı hükümleri kendiliğinden kaldıracağını düşünmek mümkün ve caiz bulunsaydı bu çeşit hükümlerin ayrıca iptali için bu yolun öngörülmesi hiç de gerekmezdi. Oysa Anayasanın geçici 9. maddesine (1961), Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı günde yürürlükte olan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılabilmesini sağlayacak özel bir hüküm konulmuş, bu da Anayasadaki temel hukuk kurallarının, aykırı hükümleri kendiliğinden ortadan kaldıramıyacağını göstermekte bulunmuştur" (74).

Daha sonraki bir kararında ise Anayasa Mahkemesinin zımnî ilgayı kabul ettiği görülmektedir. Bu karara göre, "Anayasa koyucu TCK'nun... ispat hakkı ile

(71) Temelde aynı olan bu görüşler için bkz. Duran, Lütfi, "Idarenin Mali Külfet Yüklenmesi", İÜHF., Cilt XXX, s. 992; Güran, Sait, "Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkan Vekilliği Meselesi", İÜHF., Cilt XXX, s. 1004, 1024; Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 144; Özbudun, Anayasa, s. 387-388.

(72) Bkz. Kıratlı, s. 141-142; Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s. 400 dipnot 62.

(73) Bu kararında Yargıtay hiç tereddütsüz, 1982 Anayasasının yeni yürürlüğe girdiği ve hukuk sisteminde birtakım karışıklık ve boşlukların ortaya çıktığı bir ara rejim döneminde, muhtemelen bu sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla, 1982 Anayasasının (m.177), "kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı (ni)..." öngördüğü kanaatini izhar etmiştir.

(74) E. 1963/106, K. 1963/270, K.T. 11.11.1963, AMKD., Sayı 1, s. 468.

ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasanın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. İspat hakkına ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir... Geçici 9. madde, Anayasanın belirli konuları ayrıntıları ile ele alıp düzenleyen hükümleri kendiliğinden yürürlükten kaldırdığı hususundaki görüşün aksini kanıtlamaz... Bir yasanın tümünün ya da yalnız bir hükmünün sonradan yürürlüğe konan bir yasa ile açıkça kaldırılabilmesi veya değiştirilebileceği gibi, sonradan çıkan yasanın, önceki bir yasa aykırı kurallar koymak suretiyle kanunun o hükümlerini zımnî başka bir deyişle dolaylı olarak kaldıracağı veya değiştireceği yukarıda açıklanmıştır. İşte Anayasanın 34. maddesindeki ispat hakkı ile ilgili ayrıntılı özel hüküm de, bu niteliktedir" (75).

Bununla beraber Anayasa mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında yeniden eski görüşüne dönerek Anayasa ile zımnî ilganın mümkün olamayacağı kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu çelişkili kararlarına rağmen genel olarak zımnî ilgadan yana olmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi ve Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı kabul etmeyen görüşlerin gözardı ettiği husus anayasaya aykırılık ile anayasa vasıtasıyla zımnî ilga kavramlarının aynı anlama gelmediğidir. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak gerekir: Anayasaya aykırılık söz konusu ise bu aykırılık iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülür ve bu durumda kanun hükmü, Anayasa Mahkemesi aykırılığa kanaat getirip iptal kararı verinceye kadar yürürlükte kalır. Zımnî ilgayı gerektiren bir durumda ise, konunun Anayasa Mahkemesine götürülmesine gerek yoktur. Yeni hüküm (anayasa hükmü) ile önceki hüküm (kanun hükmü) zımnî ortadan kalkmış olur. Anayasaya aykırılık konusunda karar verecek merci Anayasa Mahkemesi iken, zımnî ilgada ilganın tespiti hükmü uygulayacak olan mahkemeye (merciye) aittir. Ancak Anayasa vasıtasıyla zımnî ilganın kabul edilebilmesi için mutlaka iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, anayasa hükmünün yeni olması; ikincisi ise, anayasanın herhangi bir hususta genel bir ilke ya da kural koymakla yetinmeyip, âdeta bir kanun hükmü gibi o meseleyi teferruatı ile düzenlemiş olmasıdır.

3) Anayasal bir halkın kullanılmasını sürekli veya geçici olarak engelleyen kanun hükümleri de anayasaya aykırılık taşıyabileceğinden anayasa yargısı denetimine konu olabilmelidir (76).

(75) E. 1976/13, K. 1976/31, K.T. 3.6.1976, AMKD., Sayı 14, s. 217-218.

(76) Bu konuda Anayasa Mahkemesinin bir kararı için bkz. E. 1962/280, K. 1963/51, K.T. 6.3.1963, AMKD., Sayı 1, s. 115-121.

4) Yasama organının sükutu: Yasama organının sükutu veya ihmali (olumsuz tutumu) anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilir mi? Anayasanın, Anayasa Mahkemesini kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile görevlendiren hükmü (148/1) sadece mevcut kanun hükümlerinin denetleneceğinden söz etmektedir. Başka bir ifadeyle Anayasa, yasama organının, Anayasanın bazı hükümleriyle öngördüğü halde herhangi bir kanuni düzenleme yapmamış olmasını denetleme kapsamına sokmamıştır. Kanaatimizce, bu durumda Türk Anayasa Yargısı bakımından Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmek pozitif olarak mümkün gözükmemektedir. Ayrıca Anayasanın, Anayasa yargısının mahiyeti bunu gerektirdiği için, hiç gereği yokken, "Anayasa Mahkemesi bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" (m.153/2) hükmünü koymuş olması, Anayasa yapıcılarının bu konudaki hassasiyetini ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, "Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olması düşünülemez", gerekçesiyle bunu kabul etmemektedir (77).

5) Hükmünü icra etmiş kanunlar: Bu tür kanunlar acaba Anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilir mi? Bir kanunun yürürlüğe girme anında veya dava süresi geçmeden sonuçlarını doğurması, başka bir deyişle, bir daha uygulanma imkanının olmaması halinde böyle bir kanunun iptal davasına konu olmaması gerekir. Çünkü kanun sonucunu artık doğurmuştur ve iptal kararı da geri yürütmeyeceğine göre (AY. m.153/5) bunun pratik bir faydası da olmayacaktır.

Bununla beraber, adlî ve idarî yargıdaki "kanun yararına bozma" (HUMK. m.427/6,7; İYUK. m.51) müessesesinin burada da uygulanması düşünülebilir. Böylece anayasaya aykırı olmasına rağmen hükmünü icra eden kanun hükümlerinin (uygulamanın sonuçlarını etkilemeden) anayasaya aykırılıkları tespit edilmiş ve ayrıca yasama organına da sonraki benzer faaliyetleri konusunda Anayasaya uygunluğu sağlayıcı bir yön gösterilmiş olur. Anayasa yargısında "kanun yararına bozma" müessesesinin uygulanabilmesi için Anayasa Mahkemesinin bu konuda içtihat geliştirebileceği savunulabilir, ancak buna pozitif olarak izin veren bir Anayasal düzenlemenin yapılması daha yerinde olur.

6) Geçici Kanunlar: Geçici kanunların da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı şüphesizdir. Zira bunlar, uygulanma ve sonuçları bakımından normal kanunlara nazaran geçici olmaları, yani ancak öngörülen müddet içinde uygulanmaları dışında bir farklılık arzetmezler.

7) Yürürlüğü yayımdan sonraya bırakılan kanunlar: Kanunların yürürlüğe girmeleri yayımlarından sonraki bir tarihe bırakıldığı takdirde, acaba yürürlük için tespit olunan tarih ile yayım arasındaki sürede iptal davası açılabilir mi? Bu durumda iptal davasının açılabilmesi gerekir. Çünkü Anayasanın öngördüğü kanunlaşma prosedürünün tamamlanarak Resmi Gazetede yayımlanma ile yasama organının hukukî tasarrufu "kanun" niteliğini kazandığı gibi, Anayasa'nın ilgili hükmü de (m.151) iptal davası açma süresinin, kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren başlayacağını belirtmektedir (78).

8) Uygulanması durdurulan kanunlar: Bir kanunun uygulanmasının durdurulması yetkisi yasama organınca Bakanlar kuruluna verilebilmektedir. Nitekim Milli Korunma Kanunu ile bunun bir örneği görülmüştür. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanarak kanunun uygulanmasının durdurulmasına karar verirse bu durumda, söz konusu kanun yürürlükte kalmaya devam eder. Çünkü bu kanunu yürürlükten kaldırma yetkisi sadece yasama organına aittir. O halde Bakanlar Kurulunca uygulanması durdurulan bir kanun yürürlükte olduğundan Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında aynı gerekçelerle, Bakanlar kurulu tarafından uygulanması durdurulan Milli Korunma Kanununun yürürlükte olduğunu ve Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğine karar vermiştir (79).

IV. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Kanun hükmünde kararname (KHK), yasama organının amaç, kapsam, ilke ve süresini belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan, maddî anlamda kanun gücüne sahip, parlamentonun tasdiki ile şekli ve organik anlamda kanun gücünü kazanacak olan işlemlerdir (80).

Türk Hukukunda kanun hükmünde kararnameler 1982 Anayasasındaki düzenleme biçimi ile olağan (m.91) ve olağanüstü (m.121, 122) dönemlere özgü olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

Kanun hükmünde kararnamenin yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukukî güçte olmasıdır. Tüzük ve yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerin, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirmeleri veya kaldırmaları mümkün olmadığı halde kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanun hükümleri değiştirebilir veya kaldırılabilir.

(78) Hocaoğlu-Ocakçioğlu, s. 149; Armağan, s. 70; Azrak, s. 681.

(79) E. 1963/136, K. 1963/285, K.T. 2.12.1963, AMKD., Sayı 1, s. 436.

(80) Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, s. 132; Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 27.

1961 Anayasasında öngörüldüğü biçimi ile kanun hükmünde kararname hukukî niteliği organik bakımdan idarî, fonksiyonel ve maddî bakımdan ise düzenleyici işlemdir. Çünkü Bakanlar Kurulu, kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanun hükümlerinden yetki kanununda belirtilenleri değiştirebileceğinden yasama değil, düzenleme yetkisi kullanmaktaydı (81).

1982 Anayasasına göre ise (m.91/2), Bakanlar Kurulu, yetki kanununa dayanarak yürürlükteki kanun hükümlerini bir sınırlama olmadan değiştirme ve kaldırma yetkisine sahip olduğu gibi, bir kanun gibi yeni konuları da düzenleyebilir. Bu nedenle Bakanlar Kurulu, kanun hükmünde kararnamelerle artık yürütmenin sahip olduğu olağan düzenleme yetkisini değil, yasama yetkisi kullanmaktadır. Başka bir ifadeyle, 1982 Anayasasında kanun hükmünde kararnameler fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde ve kanunlara eşit değerdedir (82). Çünkü yasama organı yetki kanununda, Bakanlar Kurulunun çıkaracağı kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süesini ve bu süre içinde birden çok kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstermekle yetinir (m.91/2). 1982 Anayasası, Bakanlar kuruluna yetki verilirken hangi kanunların hangi hükümlerinin yürürlükten kaldırılacağıının açıkça gösterilmesi şartını aramadığı gibi, belli bir konu ile de yetki kanununda sınırlama getirilmesini öngörmüyor.

1982 Anayasası temel haklar ve ödevlerle (m.12-40) siyasî haklar (m.66-74) ve bütçede değişiklik yapma (m.163) konularının kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini belirtmiştir (83).

1982 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (m.148, 150, 151, 152; 1961 AY. m.64/son). Doktrinde kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi yanında Danıştay tarafından da denetlenip denetlenemeyeceği, denetlenebilirse Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın denetim

(81) Teziç, Anayasa, s. 27.

(82) Teziç, s. 28; Sağlam, Fazıl, "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 265-266.

(83) Kanun hükmünde kararname hakkında geniş bilgi için bkz. Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985; Duran, Lütfi, "Kanun Hükmünde Kararname", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 1975, s. 3-19; Gözübüyük, Şeref-Cahit Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, 1975, s. 3-7; Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965; Tan, Turgut, "KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME UYGULAMASI", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 17 Sayı 4, 1984, s. 33-47; Yılmaz, Misket, "Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname", B.N. Esen Armağanı, Ankara 1977, s. 505-561; Teziç, Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 1972, s. 3-14; Teziç, Erdoğan, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1980, s. 107-114.

yetkilerinin sınırının nasıl belirleneceği tartışma konusu olmuştur. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre (84), kanun hükmünde kararnameler yasama organınca kanunlaştırılmalarından sonra sadece Anayasa Mahkemesi tarafından, kanunlaştırılmalarından önce ise, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uygunlukları bakımından Anayasa Mahkemesi, yetki kanununa uygunlukları bakımından da Danıştay tarafından denetlenebilirler.

Danıştay bir kanun hükmünde kararnamenin muayyen bir hükmünün iptali için açılan davayı "davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı" gerekçesiyle reddetmiştir (85). Danıştay'a göre, kanun hükmünde kararnameler için, bunlara dayanılarak yapılan işlemler söz konusu olduğunda ilgililer tarafından dava açılabilir. Danıştay'ın bu kararı, Danıştay'ın kanun hükmünde kararnameyi bir hükümet tasarrufu olarak gördüğü şeklinde yorumlanmıştır. Zira Danıştay kanun hükmünde kararnameyi bir yasama işlemi olarak kabul etseydi görevsizlik kararı vermesi gerekirdi, denilmektedir (86).

Bu konuda, bizim de katıldığımız, bir başka görüşe göre (87) yasama organının onayı ile kanun hükmünde kararname kanun niteliğini aldığından bu safhada KHK'nin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğinde tereddüt yoktur. Onaydan önceki safhaya gelince; kabul hükmünde kararnameyi maddi bakımdan bir yasama işlemi olarak kabul etmek özellikle 1982 Anayasasının KHK'ler hakkındaki düzenlemesinden sonra zorunludur. Bu nedenle de KHK'nin denetiminin Danıştay'ın görev alanı dışında kalması doğaldır (88).

Teziç (89) 1982 Anayasasına göre kanun hükmünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yasama işlemi olduğu, bu nedenle de KHK'ler bakımından öteki kanunlara aykırılığın söz konusu olamayacağı kanaatindedir. Özbudun ve Sağlam ise, yetki kanununa uygunluğun 1982 Anayasası döneminde de söz konusu olduğunu, aksi halde Anayasanın öngörmediği şekilde bir yetki devrine imkan verilmiş olacağını belirtmektedirler (90). Gerçekten de 1982 Anayasası KHK'lerin yetki kanununa uygunluğunu aramaktadır (m.91). Bu durumda KHK'lerin yetki kanununa uygunluğu bir anayasa sorunu olarak değerlendirilecek ve bunun de-

(84) Duran, Lütfi, "Kanun Hükmünde Kararname", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, s. 4-6; Kuzu, s. 426.

(85) DDK., E. 1973/110, K. 1974/482, K.T. 26.4.1974; Bu konuda başka birtakım kararlar için bkz. DDK., E. 1973/201, K. 1974/525, K.T. 31.5.1975; DDK., E. 1974/655, K. 1974/798, K.T. 20.12.1974 (Zikreden: N. Kibar, "Türk Hukukunda Kararname", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler 3, Danıştay Tasnif ve Yayın bürosu Yayınları, Ankara 1980, s. 302-303).

(86) Duran, s. 7-14.

(87) Özbudun, Anayasa, s. 211; Teziç, Anayasa, s. 30-31; Sağlam, s. 265-266, 267.

(88) Özbudun, Anayasa, s. 211; Sağlam, s. 267.

(89) Bkz. Teziç, Anayasa, s. 31.

(90) Özbudun, Anayasa, s. 211; Sağlam, s. 267.

netimi de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır (91).

Bazı yazarlar (92) yayınlanır yayınlanmaz yürürlüğe giren ve dolayısıyla sosyal hayatta önemli değişiklikler yapabilecek olan olağan KHK'ler için Anayasa Mahkemesince yapılan denetim bakımından daha seri bir yargılama usulünün kabul edilmesi ve bu konuda gerekli değişikliklerin yapılmasını önermektedirler.

Olağanüstü dönemlere özgü kanun hükmünde kararnamelere gelince, 1982 Anayasasına göre bunlar ancak, olağanüstü haller (m.121) ile sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde (m.122) çıkarılabilir. Bu KHK'ler ancak "halin gerekli kıldığı konularla" ilgili olabilir (93).

Anayasanın 15 inci maddesine göre; "...sıkıyönetim veya olağanüstü halde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (f.1)." Ancak bu durumlarda dahi "...kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (1.2)."

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri dayanağını doğrudan Anayasada bulmaktadır. Bu KHK'ler yürütmeyi bir bakıma "kurucu iktidar" düzeyine çıkarmaktadır. Zira kurucu iktidarın özelliği daha önceki bir takım kurullarla bağlı olmamasıdır (94).

Anayasaya göre (m.148/1), olağanüstü hal ve sıkıyönetimde çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin şekil ve esas bakımlarından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Kişi hak ve hürriyetlerinin en çok korunmaya muhtaç olduğu olağanüstü hal ve sıkıyönetimde, söz konusu bu hak ve hürriyetleri aşırı derecede sınırlandırılabilir, hatta kullanılmasını durdurabilecek şekilde KHK çıkarılabilmesi ve bunların da Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulması haklı olarak eleştirilmektedir (95).

(91) Bu konuda bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E. 1988/62, K. 1990/3, K.T. 6.2.1990, AMKD., Sayı 26, s. 104-105.

(92) Teziç, Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnemeler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, 1972, Sayı 1, 13-14; Kuzu, 426.

(93) Teziç, Anayasa, s. 31.

(94) Teziç, Anayasa, s. 32.

(95) Özbudun, Anayasa, s. 213-214, 352; Kili, Suna, "Temel Hak ve Özgürlükler Yönünde 1961 ve 1982 Anayasaları", Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 27; Günday Metin, Sağlam'ın "Kanun Hükmünde Kararneme Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" adlı bildirisinin yorumu, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 275-276.

Anayasa Mahkemesi ise 1991 yılında vermiş olduğu bir kararında (96), olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin, gerçekten olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara ilişkin olup olmadığını incelemiş ve bu nitelikte görmediği bir takım kanun hükmünde kararnameleri olağan KHK sayarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Mahkeme, yasama ya da yürütme organının belli bir düzenleme bakımından yaptığı nitelikleme ile bağlı olmayıp, kendisi bunu araştıracaktır. Bu görüşten hareketle Mahkeme bir düzenleyici işlemin Anayasanın öngördüğü anlamda bir olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilebilmesi için; bu KHK'nin olağanüstü hal ilan edilen bölge ile sınırlı olması, olağanüstü halin ve sıkıyönetimin uygulandığı zaman diliminde uygulanması ve son olarak kanunlarda değişiklik yapmaması şartlarını aramaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bu şartlara uygun olmayan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, adı olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'si olsa bile, olağan KHK addolunur ve Anayasaya uygunlukları denetlenir. Ayrıca bunlar, bir yetki kanununa dayanmak zorunda olduğundan, bu eksiklik de başlıca bir iptal sebebidir.

Özbudun'a göre Anayasa Mahkemesinin bu kararları olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin yargı denetimi dışında tutulmalarından doğan sakıncaları bir ölçüde giderici niteliktedir (97).

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri Resmi Gazetede yayınlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur, bunların Meclis tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usul içtüzükle belirlenir (AY. m. 121, 122). Anayasanın bu hükmünün amacı, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin sadece Meclis tarafından denetlenebilmesi sebebiyle, bunların olağan KHK'lerden daha süratli bir usulle görüşülüp karara bağlanmasını sağlamaktır (98). Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri Meclisin onayından sonra kanuna dönüştüğü için, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacakları şüphesizdir. Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından önceki safha için geçerlidir (99). Yargısal denetim yasağının doğurduğu tehlikeyi azaltmak için bu KHK'lerin en seri bir şekilde Meclisçe görüşülmesini sağlayacak bir içtüzük düzenlemesinin yapılması zorunludur. Böylece TBMM bunları siyasî açıdan kısa bir sürede denetlenmiş olacak ve onaylandığında kanuna dönüşünce de Anayasa Mahkemesinin yargısal

(96) E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.1.1991, AMKD., Sayı 27, Cilt 1, s. 100-102, 105-108; Anayasa Mahkemesinin bu kararının daha geniş bir değerlendirmesi için bkz. Özbudun, Anayasa, s. 214-216.

(97) Özbudun, Anayasa, s. 214.

(98) Özbudun, s. 216.

(99) Özbudun, s. 216; Ayrıca bkz. Günday, s. 276; Kuzu, s. 421.

denetimi mümkün olacaktır.

V. PARLAMENTO KARARLARI

A- Genel Olarak

Parlamento kararları, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanun dışındaki bütün işlemleridir (100). Parlamento kararlarının konu ve nitelik bakımından çeşitliliği, yukarıda verilen şekli tanımı dışında, maddî yönden tanımlanmasına imkan vermemektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iç örgütlenmesine ve çalışmalarına ilişkin kararları parlamento kararlarının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kendi içtüzüğünü yapması ve değiştirmesi (AY. m.95), kendi başkanını ve Başkanlık Divanını seçmesi (m.94), komisyonların seçimi, meclisin tatile girmesi (m.93/2), Meclisin, seçimlerin yenilenmesine kararvermesi (m.77/2), kapalı oturum yapılmasına ve bu oturumlardaki görüşmelerin yayımlanmasına ilişkin kararlar (m.m.97/2), açık oylama ve gizli oylama kararı, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve yasama meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin kararlar (m.83,84), bir üyenin altı ayı geçmemek üzere Bakanlar Kurulu'nca verilecek geçici bir görevi kabul etmesine ilişkin karar (m.82/2) gibi kararlar, parlamentonun çoğu konu ve nitelik bakımından farklı kararlarına örnektir (101). Söz konusu bu kararlar nitelik bakımından içtüzük kabul edildiği takdirde anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilecektir.

Parlamento kararlarının ikinci bir bölümü de yasama meclisinin yürütme organı ile olan ilişkilerinden doğmaktadır. Örneğin, Türkiye Büyük Millet Meclisince Başbakan veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması ve Yüce Divan'a sevk kararı (m.100), Cumhurbaşkanı'nın vatan hainliğinden dolayı Meclis tarafından suçlandırılması kararı (m.105), gensorunun gündeme alınıp alınmamasına karar verilmesi (m.99), gensoru veya güven istemi sonucunda Bakanlar Kurulu vyea bir bakan hakkında güven veya güvensizlik belirtilmesi (m.99, 111), Bakanlar Kurulu'nun göreve başlaması sırasındaki güvenoyu (m.110), Cumhurbaşkanı'nın seçimi (m.102), genel görüşme veya meclis araştırması açılmasına karar verilmesi bu türden parlamento kararlarıdır (102).

1982 Anayasası bazı istisnalar dışında, 1961 Anayasası gibi parlamento kararlarını kural olarak yargı denetiminin kapsamına almamıştır. Parlamento kararlarının istisnalar dışında yargı denetimine tabi tutulmaması, bazı hukukçular

(100) Teziç, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 11; Özbudun, Anayasa, s. 188.

(101) Özbudun, s. 189.

(102) Özbudun, s. 189.

tarafından çok sakıncalı ve hukuk devleti ilkesine aykırı görülmektedir (103).

Bu durumun hukuk devleti açısından önemli bir sakınca oluşturmadığını savunan bizim de katıldığımız görüşe (104) göre ise, parlamento kararları, vatandaşlar için uyulması zorunlu genel hukuk kuralları koymadıklarından, yasama meclisi, bu nitelikteki bir işlemi yargı denetiminden kaçırmak amacıyla kanun yerine karar adıyla yapsa dahi amaçlarına ulaşmaları mümkün olmayacaktır. Zira, Anayasa Mahkemesi bir metnin, yasama meclisi tarafından belirlenen niteliğiyle kendini bağlı görmeyip, böyle bir işlemi kanun niteliğinde sayarak denetleyebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bu yola başvurarak meclis kararı adı altında çıkarılan yasama organının işlemini "kanun" niteliğinde görmüş ve şu gerekçelerle denetime tabi tutmuştur: "Yasama meclislerinde, Anayasada öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler kullanmak suretiyle oluşturulan" işlemlerin "Anayasa Mahkemesi"nin görev alanına girip girmediğinin tayininde, meydana getirilen metin veya belgenin oluşturulmasında uygulanan yöntemin ve içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin belirlenmesi ve bu açıdan Anayasa denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkide ise denetime bağlı olacağının kabulü zorunludur... Yasama meclislerince kabul edilen bu metnin adı (Kanun) olmasa ve bu metnin oluşturulmasında uygulanan yöntem, kanunlar için Anayasada öngörülmüş bulunan yöntem uymasa bile, eğer içerisinde kanun hükmü değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise bu metnin, adı (Kanun) olmamasına rağmen kanun niteliğinde düzenleme sayılarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı tutulması zorunludur" (105).

Anayasa Mahkemesi, Meclisin kendi iç örgütlenişi ve iç çalışmaları ile ilgili kararlarını da "içtüzük düzenlemesi" niteliğinde gördüğü takdirde denetim yetkisinin kapsamına almaktadır (106).

Meclisin yürütme organı ile ilişkilerine dair kararları ile savaş ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verilmesi kararları ise nitelikleri gereği siyasî tercih ve taktirlere dayandığından yargı sistemine tabi olmamaları gerekir (107).

Anayasa Mahkemesi, bir işlemin kendisinin yargı denetimine tabi olmaması halinde, bu işlemin oluşturulmasındaki usul hatalarının da de-

(103) Onar, Siddik S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, İstanbul 1966, s. 229; Teziç, Kanun Kavramı, s. 14-15.

(104) Özbudun, Anayasa, s. 190 vd.

(105) E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 186-187, 196-197.

(106) Bkz. Aşağıda "İçtüzükler" bölümü.

(107) Özbudun, Anayasa, s. 191.

netlenemeyeceğini aşağıdaki kararında hükme bağlamıştır: "Bu kararın oluşturulmasındaki, Anayasa ya da içtüzüğe ters düştüğü öne sürülen davranışların Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilebilmesi, ancak bu kararın denetimin Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi olması koşulu ile gerçekleştirilebilir. Eğer Anayasa bu kararı anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmamışsa, oluşması sırasında da Anayasa ve içtüzük kurallarına uyulup uyulmadığının da denetlenmesine olanak yoktur... İchtüzük kurallarının Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olması da, Anayasa Mahkemesine, denetimi dışında tutulan bir yasama tasarrufuna karşı açılan davada, içtüzük hükümlerinin uygulanma biçimlerini inceleme yetkisi vermez" (108). Ancak, uygulama içtüzükleri değiştirecek nitelikte ise bu takdirde denetlenebilecektir.

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı ya da bunların onanması işlemleri, doğrudan doğruya vatandaşlar için uyulması zorunlu hukuk kuralları yaratmamaktadır. Bu işlemlerle, Anayasada öngörülen durumlarda hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağını veya durdurulacağını, ya da vatandaşlara ne gibi yükümlülükler yüklenebileceğini gösteren kanunlar, ülkenin tümü veya bir bölümü için belli bir süreyle uygulamaya konur. O halde bu işlemler, maddî bakımdan birer şart işlemidir (109). Hürriyetleri sınırlayan, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı yahut bunların onanması konusundaki işlemler değil, olağanüstü hal veya sıkıyönetimi düzenleyen kanunlardır (110). Bu kanunlar ise birer kanun olmaları nedeniyle doğal olarak şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Dolayısıyla kanun niteliğinde bir işlemin karar yoluyla yapılarak kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlanması söz konusu edilemez (111). Anayasa Mahkemesi de bir kararında zikredilen gerekçelerle aynı sonuca varmıştır: "...sıkıyönetim kararını, Anayasal hak ve özgürlükleri kendiliğinden kısıtlayan ve onları belli bir süre askıya alan bir işlem olarak değil de, Anayasanın 124. maddesinin son fıkrasında açıklanan... kanunun ülkenin bir bölgesinde veya tümünde uygulama alanına konulması tasarrufu olarak nitelendirmek daha yerinde olur" (112).

Bütün bu açıklamalar sonucunda denilebilir ki, Türk Anayasa Yargısı sisteminde, parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutulmuş olmasını, hukuk devleti açısından fazlaca sakıncalı görmemek

(108) E. 1977/61, K. 1977/47, K.T. 21.4.1977, AMKD., Sayı 15, s. 311-312; Aynı nitelikte, E. 1978/50, K. 1978/43, K.T. 22.6.1978, AMKD., Sayı 16, s. 189-196.

(109) Özbudun, Anayasa, s. 192-193; Bilgen, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul 1976, s. 88-91.

(110) Özbudun, s. 192-193.

(111) Özbudun, s. 193; Bilgen, s. 99-104; Teziç ise aksi görüştedir (Bkz. Teziç, Kanun Kavramı, s. 18-19).

(112) E. 1977/44, K. 1970/42, K.T. 17.11.1970, AMKD., Sayı 8, s. 443-451.

gerekir (113).

B- Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasına ve Üyeliğın Düşmesine İlişkin Kararlar

Kural olarak parlamento kararlarını Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutan Anayasa, istisnaen, niteliğı itibariyle birer parlamento kararı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzükleri (114) ile milletvekillerini keyfi ve asılsız ceza kovuşturmalarından ve tutuklamalardan koruyan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğının düşmesine dair kararları Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi tutmuştur.

Anayasa (m.83/2, cümle 1) milletvekillerinin sahip olduğı yasama dokunulmazlığının ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kaldırılabileceğini, "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediğı ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz", demek suretiyle hükme bağlamıştır. Anayasa hangi hallerde milletvekilliğinin düşmesine karar verileceğini de şöyle düzenlemiştir (m.84/1): "İstifa eden, Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen, kısıtlanan, partisinden istifade ederek, başka bir partiye giren veya seçim hükümetleri hariç Bakanlar Kurulunda görev alan, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul eden, Meclis çalışmalarına özürsüz olarak bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmayanların üyeliğinin düşmesine, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verilir".

Anayasanın 85. maddesine göre, "yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğın düştüğüne Meclisçe karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde, ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi biri, bu kararın Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlar". Anayasada öngörülen sebeplerin ortaya çıkmasına rağmen Meclisçe dokunulmazlığın kaldırılmasına ya da üyeliğın düşmesine karar verilmediğı takdirde, bu karara karşı Anayasa Mahkemesine gidilmesi mümkün değildir. Örneğın, bir milletvekilinin, milletvekilliğı ile bağdaşmayan bir görev kabul etmesinden sonra, Meclis üyeliğın düşmesine karar verebilir. Bu karara karşı iptal davası açmak mümkün iken, Meclis üyeliğın düşmesine karar vermezse, artık bunun dava konusu yapılması söz konusu olmaz. Çünkü Anayasa, sadece "üyeliğın düşmesine" dair kararların iptal davasına

(113) Özbudun, Ergun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFĐ., Cilt XXXVI, 1979, Sayı 1, s. 16.

(114) İçtüzüklerin denetimi, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

konu olacağından söz etmektedir. Parlamento kararları, yukarıda da açıklandığı üzere, kural olarak Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmayıp, sadece Anayasada açıkça belirtilen Meclis kararları denetlenebilir.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve üyeliğin düşmesine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları hakkında bugüne kadar birçok iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi bu davaları inceleyerek, bu kararların denetlenmesi bakımından birtakım esaslar ortaya koymuştur (115). Örneğin, "Mahkumiyet ilanının kesinleştiğine dair olan Başkanlık tezkeresinin, Millet Meclisinin bilgisine sunulmuş olması, üyeliğin düşmesi kararı sayılamayacağından sırf bu işlemin iptali istemi Anayasa Mahkemesinin görevi dışındadır" (116). "Dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptali için açılan davada davacının sözlü açıklama isteminde bulunmasının" mümkün olması (117). Biçime ilişkin bazı itirazların önce incelenmesi ve biçime ilişkin bazı yönlerden anayasaya aykırılığın saptanması halinde biçime ilişkin öteki yönlerin incelenmesine yer olmaması (118). Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptali için açılan davanın incelenmesi esnasında, Anayasa Mahkemesi'nin uygulayacağı kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi halinde, bunu bekletici sorun yapamaması ve Anayasaya aykırı hükümleri ihmal edebilmesi (119). Üyeliğin düşmesi kararının iptali için avukat tarafından açılan davada özel vekaletnamenin gerekli olması (120), gibi esaslar zikredilen kararlarda belirlenmiştir.

C- Türkiye Büyük Millet Melisi İçtüzükleri

Yasama meclislerinin kendi iç çalışmalarını düzenlemek amacıyla koydukları kurallara içtüzük adı verilmektedir (121). İçtüzükler, parlamentonun çalışabilmesi ve iktidar-muhalefet ilişkilerinin dengesini sağlayan bir siyasî öneme sahiptirler. Parlamentonun kendi çalışmalarını içtüzükle düzenleme yetkisi Anayasaya dayanmaktadır. Anayasanın 95 inci maddesine göre, "Türkiye Büyük

(115) Bu konuda bazı kararlar için bkz. E. 1962/204, K. 1962/59, K.T. 5.10.1962, AMKD., Sayı 1, S. 19-20; E. 1967/25, K. 1967/25, K.T. 3.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 176-178; E. 1968/58, K. 1968/53, K.T. 14.11.1968, AMKD., Sayı 6, s. 321.

(116) E. 1962/204, K. 1962/59, K.T. 5.10.1962, AMKD., Sayı 1, s. 19-20.

(117) E. 1967/22, K. 1967/22, K.T. 2.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 159-164.

(118) E. 1971/37, K. 1971/66, K.T. 15.7.1971, AMKD., Sayı 11, s. 3-52; E. 1067/22, K. 1967/22, K.T. 2.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 159-164.

(119) E. 1971/41, K. 1971/67, K.T. 17/19.8.1971, AMKD., Sayı 11, s. 66-67.

(120) E. 1974/29, K. 1974/33, K.T. 25.7.1974, AMKD., Sayı 12, s. 332-340.

(121) Özbudun, Anayasa, s. 193; İçtüzükler konusunda ayrıca bkz. Armağan, Servet, Memleketimizde İçtüzükler, İstanbul 1972; Aybay, Rona, "Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, 1876-1976, Ankara 1978 s. 283-314; Özbudun, Ergun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFĐ., Cilt XXXVI, Sayı 1-4, 1979, s. 3-26; Teziç, Erdoğan, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1980, s. 18-25.

Millet Meclisi, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür".

1982 Anayasasının geçici 6 ncı maddesine göre, "Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Millet Meclisinin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan içtüzüğünün Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır" (122).

İçtüzükler ile kanunlar arasındaki en önemli fark konu bakımındandır. Şöyle ki, kanunlar vatandaşlar için haklar ve yükümlülükler koymakta, içtüzükler ise, kural olarak sadece parlamento üyelerini bağlayarak parlamento dışında bir uygulama alanına sahip olamamaktadır (123).

Şekli kritere göre, içtüzükler parlamento kararı olduklarından Cumhurbaşkanı'nın yayımına bağlı olmadan, Meclis tarafından 'karar' adı altında Resmi Gazete'de yayımlanır (124). Yürürlükte olan Millet Meclisi İçtüzüğüne göre (m.157/son), "İçtüzük değişiklikleri Millet Meclisi kararı olarak Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girerler". Maddi açıdan içtüzük hükümleri sadece Meclis çalışmalarında uygulanacaklarından, karar adı altında yapılan işlemlerin de parlamentonun iç hukukuna ilişkin olması gerekir (125).

Anayasa (m.148/1), TBMM içtüzüklerini de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutmaktadır. Parlamentoların usulî bağımsızlığı ilkesi, içtüzüklerin ve içtüzük uygulamalarının herhangi bir yargı denetimine tabi olmamalarını gerektirmekle beraber, Anayasa, içtüzüklerin siyasal öneminden dolayı (126), onları anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına almıştır. İçtüzükler sadece iptal davasının konusu olabilirler. İtiraz yoluyla denetlenmeleri mümkün değildir (127). Zira yaşama meclisleri dışındaki kişiler için uyulması zorunlu kurallar koyamayan içtüzüklerden, genel mahkemelerin görev alanına girecek bir uyumsuzluk çıkması mümkün değildir (128).

Anayasa Mahkemesi içtüzüklerin denetimi konusunda vermiş olduğu kararlarıyla yerleşmiş bir içtihat oluşturmuştur. İçtüzüklerin denetimikonusunda

(122) Buna göre 5 Mart 1973 tarihli (R.G. 13.4.1973, Sayı 14506) Millet Meclisi İçtüzüğü uygulanacaktır.

(123) Özbudun, Anayasa, s. 194.

(124) Teziç, Anayasa, s. 54.

(125) Teziç, s. 54; Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, "...bir konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için, onun, Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde olmayan konulara ilişkin çalışmaların içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve bu yoldan Meclislein görev alanı içine sokulması olanaksızdır" (E. 1964/19, K. 1965/11, K.T. 2.3.1965, AMKD., Sayı 3, s. 49; E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 194).

(126) Özbudun, Anayasa (1986), s. 196; Armağan, s. 68.

(127) Anayasanın itiraz yolunu düzenleyen hükmü (m.152) içtüzüklere değinmemiştir.

(128) Özbudun, s. 196-197.

1961 Anayasasına nazaran farklı bir düzenleme getirmeyen 1982 Anayasası dönemi, başka bir deyişle mevcut sistem için de, bu içtihatların geçerli olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin, bir Meclis kararının içtüzük niteliğinde olup olmadığını belirleyen içtihadındaki temel kıstas, Meclis kararının çözdüğü konu, kararın alınmasındaki amaç ve gördüğü işin niteliğidir (129). Buna göre bir içtüzüğün konusu Meclisin iç hukukuna ilişkin olmalı, Meclis çalışmalarının yürütülmesini amaçlayarak bunun dışında bir fonksiyon görmemelidir.

Adı içtüzük olmasa bile söz konusu özelliklere sahip bir Meclis kararı içtüzük hükmündedir ve Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi sadece içtüzük veya içtüzük değişikliği adını taşıyan işlemleri değil, Mahkemenin içtüzük düzenlemesi niteliğinde gördüğü diğer Meclis kararlarını da kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre, "Başkanlık Divanı'nın kuruluşu ve işleyişi, Divanın Meclisin çalışmalarını yönetmesi dolayısıyla Meclis faaliyetlerinin en başında gelir. Böyle olduğu için de Başkanlık Divanına ilişkin sorunların çözümlenme yeri içtüzük ve Divanın bağlı olacağı düzenin tespiti bir içtüzük konusudur" (130).

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, Meclisin "karar" adı altındaki işlemlerinden, içtüzük hükmü niteliğinde olanlarını denetleme kapsamına almıştır (131).

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki en belirgin ve formüle edilmiş bir kararında ise "Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, o metnin meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz, Anayasa denetiminin amacı ancak Anayasa Mahkemesi'nin incelenmesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirilmesini zorunlu kılar", denilmektedir (132).

Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun içtüzükle düzenlenmesi ise, bir usul saptırması olarak nitelendirilip, anayasaya uygunluk denetimine konu edilebilir (133). Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre "...bir konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için, onun, Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde

(129) Özbudun, s. 197.

(130) E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, AMKD., Sayı 6, s. 123-138.

(131) Bkz. E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, AMKD., Sayı 6, s. 126; E. 1970/26, K. 1970/32, K.T. 18.6.1970, AMKD., Sayı 8, s. 356; E. 1970/57, K. 1971/33, K.T. 23.3.1977, AMKD., Sayı 9, s. 396-397; E. 1973/43, K. 1973/39, K.T. 35.12.1973, AMKD., Sayı 11, s. 380-381.

(132) E. 1966/7, K. 1966/46, K.T. 19.12.1966, AMKD., Sayı 5, s. 40-41; E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 186-187.

(133) Özbudun, Anayasa, s. 196.

olmayan konulara ilişkin çalışmaların içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve o yoldan Meclislerin görev alanı içine sokulması olanaksızdır" (134).

SONUÇ

1982 Anayasası, anayasaya uygunluk denetiminin kapsamında bulunan normları kanunlar, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzükleri olarak düzenlemiştir. Parlamento kararları kural olarak denetim dışı olup, bunlardan sadece Meclis üyeliğinin düşmesine ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararlar iptal davasına konu yapılabilir. Anayasa değişikliklerine gelince, 1982 Anayasasının bu konudaki açık düzenlemesi karşısında, bunların esas bakımından denetlenmesi mümkün olmayıp, sadece öngörülen şekil noksanlıkları bakımından denetime tabi tutulabilirler. Anayasa'nın, norm denetiminin konusunu belirlerken genel olarak makul sayılabilecek bir düzenleme yapmasına karşılık, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararname ile Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanun ve KHK'lerini denetim kapsamının dışında tutmuş olması, Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Çünkü kişi hak ve hürriyetleri en çok bu dönemlerde ihlal edilmektedir. Bu çerçevede, 1982 Anayasasının, Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunlarını demokratik düzene geçildikten sonra da korumayı amaçlayan geçici 15 inci maddesi yürürlükten kaldırılmalı ve olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri de anayasa yargısı denetiminin kapsamına dahil edilmelidir.

KURULUŞ VE YETKİLERİ AÇISINDAN MACARİSTAN ANAYASA MAHKEMESİ

Yrd. Doç. Dr. Hasan TUNÇ

GİRİŞ

Macaristan, sözleşmeler yoluyla demokrasiye geçişi gerçekleştiren tipik örnek ülkelerden biridir (1). Demokrasi yanlıları ile diktadörlük yanlıları arasında yapılan görüşmeler (toplumsal tartışma) 1987 yılında başlamış ve Nisan 1990'da tamamlanmış bulunmaktadır. 1949 tarihli komünist dönem anayasasının yaklaşık %90'ını değiştirdiği bildirilen bu görüşmeler üç aşamada gerçekleşmiş bulunmaktadır (2). Taraflar arasında yapılan bu sözleşmelerin ikinci aşamasını teşkil eden Mart-Ekim 1989 tarihli görüşmeler sonunda, taraflar anayasa ve diğer temel kanunlarda bazı değişiklikler yapma konusunda görüş birliğine varmışlardır. Bu değişiklikler ile Macaristan'da, "halk cumhuriyetinden" bağımsız ve demokratik bir hukuk devletine geçiş yapılmıştır. Yine aynı dönemde, cumhurbaşkanlığı makamı ihdas edilmiş, anayasa mahkemesinin kuruluşu sağlanmış, ombudsman ve sayıştay gibi kurumlar kurulmuş, ceza kanununda değişiklikler yapılması kararlaştırılmıştır (3).

İnceleme konumuzu oluşturan, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu bu ikinci aşama değişiklikleri ile gerçekleştirilmiştir. Anayasada yapılan 1989 değişikliği ile kurulması sağlanan Mahkemenin, kuruluş ve yetkileri konusundaki detaylı düzenlemeler Ekim 1989 tarih ve XXXII nolu Anayasa Mahkemesi Kanunu ile yürürlük kazanmıştır (4).

Macaristan'da yargı organı, Macaristan Yüksek Mahkemesi, Başkent

(1) "Özünde sözleşme, otoriter rejimin ilımlılarıyla demokratik muhalefetin ilımlıları arasında, hem demokrasiye geçişin yöntemi hem gelecek demokratik rejimin ana ilkeleri üzerinde açık veya dolaylı olarak varılan anlaşmadır". E. ÖZBUDUN, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s. 94.

(2) Bu dönemler hakkında geniş bilgi için bkz., E. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 104-108.

(3) E. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 106; İ.Ö. KABAOĞLU, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 18.

(4) "Hungary Constitutional Court", *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Council of Europe, Venice Commission, Special Edition 94, s. 35.

Mahkemesi, İlçe mahkemeleri ve diğer yerel mahkemelerden oluşmaktadır (5). Anayasa Mahkemesi ise, hukuk devletini kurmak, ferdin anayasa ile garanti altına alınmış temel haklarını korumak, devlet organları arasındaki yetki ihtilaflarını gidermek ve kendisine verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş bir yüksek mahkemedir (6).

I- GÖREV VE YETKİ

Anayasa yargısı organı olarak anayasa mahkemelerinin, diğer yargı organlarından farklı bir biçimde aşağıdaki belirtilen konularda yetkili kılınmış oldukları belirtilmektedir (7). Bunlar:

- Devletin üstün organları arasında oluşan yetki ihtilaflarını karara bağlamak,
- Federal devlet ile federe devletler veya merkezi devlet ile otonom bölgeler ya da eyaletler arasında oluşan yetki ve görev ihtilaflarını gidermek,
- Federal devlet ile federe devletler veya merkezi devlet ile otonom bölgeler ya da eyaletler arasında oluşan yetki ve görev ihtilaflarını gidermek,
- Yasama organı tasarruflarından, genelde anayasa yargısı denetiminde tabi olanların, özelde kanunların anayasaya uygunluk denetimini yapmak,
- Referandumların (kabul edilebilirlik açısından) anayasaya uygunluğu kontrolünü yapmak,
- Seçimlerin anayasaya uygunluğunu kontrol yoluyla, devletin üstün organlarının anayasallığını denetlemek,
- Üst düzey devlet yöneticilerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı (yüce divan sıfatıyla) yargılamak,
- Siyasi partilerin anayasa uygunluğunu denetlemek,
- Anayasa ile garanti altına alınmış temel hakların korunmasını sağlamak.

Macaristan Anayasası'nın, 1.1.1990 tarihinde faaliyete geçen Anayasa Mahkemesi (8) ile ilgili dördüncü bölümünde şu düzenlemeler yer almaktadır (9).

(1) Anayasa Mahkemesi, Kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol eder

(5) "Macaristan", Anayasa Mahkemesi Bülteni, Ankara, Nisan 1994, Yıl: 1, Sayı: 2, s. 37.

(6) 1989 tarih ve XXXII sayılı Anayasa Mahkemesi Kanununun başlangıç bölümü.

(7) H. STEINBERGER, "Models of Constitutional Jurisdiction", European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, Strasbourg 1992, s. 4.

(8) L. SOLYOM, "Macaristan Anayasa Mahkemesinin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü", Anayasa Yargısı, Ankara 1993, s. 287.

(9) Macaristan Cumhuriyet Anayasası madde 32/A.

ve kanunla kendisine verilen yetkileri kullanır.

(2) Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırı olduğunu tesbit ettiği her türlü kanunu iptal eder.

(3) Kanunen mümkün olan hallerde, her kişi Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

(4) Anayasa Mahkemesi, Millet Meclisince seçilen 15 üyeden oluşur. Anayasa mahkemesi üyeleri, millet meclisi üyelerinin üçte iki çoğunluğu tarafından seçilir.

(5) Anayasa Mahkemesi üyeleri siyasi partilere üye olamazlar. Mahkeme tarafından verilen görevler dışında siyasi faaliyetlere katılamazlar.

(6) Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

Anılan düzenlemelere ek olarak, XXXII nolu kanunda Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve görevlerine ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. İncelememizde bunlardan başlıcaları olarak; yasama tasarruflarının denetimi, yüce divan yargılaması, temel hakların korunması, anayasa hükümlerinin yorumu, anayasal ihmâl ile yetki ihtilaflarının giderilmesi konuları ele alınacaktır.

1- Yasama Tasarruflarının Anayasaya Uygunluğunun Denetimi

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nde, kanunların anayasaya uygunluğu hem önleyici denetim (preventive norm control), hem de giderici denetim (repressive norm control) yoluyla yapılmaktadır. Anılan denetimleri yapma yetkisinin tek bir yargı organına verilmiş olması yönüyle de, merkezileşmiş (centralized) anayasa yargısı, denetimi söz konusu olmaktadır (10).

Anayasa Mahkemesi Kanununun birinci maddesinde, Mahkemenin denetim yetkileri şu şekilde sıralanmaktadır:

(a) Kanun tasarılarının, Meclisçe kabul edilmiş fakat henüz yayınlanmamış kanunların, millet meclisi içtüzüğünün ve uluslararası sözleşmelerin anayasaya uygunluğunu kontrol etmek.

(b) Kanunların ve diğer yasama tasarruflarının anayasa uygunluğunu denetlemek.

(c) Yasama tasarruflarının uluslararası sözleşmelere uygunluğunu kontrol etmek.

(10) Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda merkezileşmiş ve merkezileşmemiş denetim tipleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. M. CAPPELETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill 1971, s. 46-68.

(d) Anayasa ile teminat altına alınmış hakların ihlali nedeniyle oluşan anayasa şikayetlerini incelemek.

(e) İhmal ile ortaya çıkan anayasa aykırılıklarını gidermek.

(f) Devletin üstün organları ile özerk bölgeler arasında ve bunların birbirleri arasında oluşan yetki ihtilaflarını çözmek.

(g) Anayasa hükümlerini yorumlamak.

(h) Anayasa ve kanunlarla verilen yetkileri kullanmak.

Yukarıda belirtilen Kanun maddelerinden de anlaşıldığı üzere, Macaristan Anayasa Mahkemesi; kanun tasarılarının, Meclisce onaylanmış fakat henüz yayınlanmamış kanunların, meclis içtüzüğünün ve uluslararası sözleşmelerin anayasaya uygunluğunu önleyici denetim yoluyla kontrol eder (11).

Önleyici denetimin yapılabilmesi için Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Millet Meclisi sürekli komisyonlardan biri veya 50 millet vekili tarafından Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulması gerekmektedir (Kanun madde 21/1 ve 33/1). Yapılan başvuru ile işleyen denetim sonrası, Anayasa Mahkemesi itiraz konusu düzenlemelerin Anayasaya uygun olmadığına karar verirse, Millet Meclisi veya inceleme konusu metni teklif eden kişinin üyesi olduğu organ tarafından bu anayasaya aykırılık giderilmek zorundadır (Kanun madde 33/2). Millet Meclisi İçtüzük hükümlerine ilişkin başvurular sonrası denetimde; Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık tesbit ettiğinde, bu aykırılık giderilmedikçe içtüzük hükmü yürürlüğe giremez (Kanun madde 34). Yine, Cumhurbaşkanı tarafından yapılan başvurularda da; Anayasa Mahkemesince tesbit edilen anayasaya aykırı hükümler, Millet Meclisince Anayasaya uygun hale getirilmedikçe, Cumhurbaşkanı ilgili kanunu yayınlamaz (Kanun madde 35).

Giderice denetim ise, soyut norm denetimi (dava yolu) veya somut norm denetimi (itiraz yolu) yollarıyla yapılabilmektedir (12). Soyut norm denetimine başvuru Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Millet Meclisi sürekli komisyonlarından biri veya 50 millet vekili tarafından yapılabilmektedir (Kanun madde 21/2). Somut norm denetimi; herhangi bir mahkeme tarafından, bir yargılama esnasında çözülmekte olan uyuşmazlıkta ilgili bir kanun aleyhine resen veya taraflardan birinin talebi neticesi Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru ile işleyen bir denetim yoludur (Kanun madde 38).

Yasama tasarruflarının uluslararası sözleşmelere uygunluğunun denetimi konusunda Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu veya tek tek bakanlar, Millet Mec-

(11) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 36; E. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 162-163.

(12) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 36.

lisi sürekli komisyonlarından biri veya tek millet vekili, sayıştay veya yargıtay başkanları ile baş savcı Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir (Kanun madde 21/3 ve madde 36/1). Anılan yetkiyi, Anayasa Mahkemesi resen de kullanılabilmektedir (Kanun madde 44).

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, uluslararası sözleşme düzeyinde veya altında bir hukuk kuralının, sözleşmeye aykırılığını tesbit ederse, aykırı hükmü iptal eder (Kanun madde 45). Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmenin kendisinden üstün bir hukuk kuralına aykırı olduğuna karar verirse, bu aykırılığın giderilmesi konusunda ilgili kişi veya kurumu ikaz eder. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin belirleyeceği süre içerisinde, ilgili kişi veya kurum tarafından aykırılık giderilmek zorundadır (Kanun madde 46-47).

Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurularda, talebin açıkça belirtilmesi ve her türlü belge ve delillerin sunulması gerekmektedir (Kanun madde 22). Anayasa Mahkemesi, yapılan başvurunun kendi görev ve yetki alanı dahilinde olmadığına karar verirse, konuyu yetkili organa havale edebilmektedir (Kanun madde 23/2).

2- Diğer Denetim Yetkileri

Macaristan Anayasa Mahkemesinin, yasama tasarruflarının anayasaya uygunluğunun kontrolü dışındaki yetkileri, Anayasa Mahkemesi Kanununun birinci maddesinin "d-h" bentlerinde belirlenmiş bulunmaktadır.

Bunlardan, devlet organları arasında çıkan yetki ihtilafları ile ilgili olarak, taraf organlarından birinin Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunması gerekmektedir (Kanun madde 24/1). Mahkeme, kendisine yapılan başvuru üzerine harekete geçerek merkezi idare ile özerk yönetimler arasında veya bunların birbirleri arasında çıkan yetki ihtilaflarını kesin karara bağlamaktadır (Kanun madde 50).

Anayasaya tarafından teminat altına alınmış temel hakların bir idari tasarruf veya yargı kararı ile ihlal edilmesi halinde, yapılan başvurulardan gerekli korumayı sağlayamadığını iddia eden kişiler "anayasal itiraz" yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmektedir (13). Anılan anayasal hakların bir idari organ veya yargı organı tarafından ihlali halinde, madur kişi tek başına bu hakkının korunmasını Anayasa Mahkemesinden talep edebilmektedir (Kanun 21/4). Anayasal hakların, yasama organı tasarrufları ile ihlal edilmesi halinde de aynı usulden yararlanılabilmektedir (14). Anayasal şikayet yoluna gidebilmek

(13) L. SOLYOM, a.g.m., s. 29; İ.Ö. KABAOĞLU, a.g.e., s. 65.

(14) "Constitutional Watch-Hungary", *East European Constitutional Review*, Volume. 3, Number. 2, Spring 1994, s. 10.

için, diğer başvuru yollarının tüketilmiş ve anayasal hakkın korunmasının sağlanmamış olması gerekmektedir. Bu durumda, kişi 60 gün içerisinde Anayasa Mahkemesine yazılı başvuruda bulunmak zorundadır (Kanun madde 48).

Cumhurbaşkanının, anayasayı veya diğer kanunları ihlali halinde, Anayasa Mahkemesi "yüce divan sıfatıyla" Cumhurbaşkanını yargılayabilmektedir (impeachment of the president of the republic) (15).

Yasama organının, Anayasaya aykırı ihmalleri konusunda tüm kişi ve kurumlar Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunma hakkını sahiptirler (Kanun madde 21/4). Anayasa Mahkemesi resen veya başvuru üzerine yaptığı inceleme sonucunda "anayasal ihmal suçunun" varlığını tesbit ederse; kanuni gereklerin yerine getirilmemesi sonucu ortaya çıkan anayasaya aykırılığın (ihmal) giderilmesi konusunda, ilgili kuruluşu belirlediği süre içerisinde görevini ifaya davet eder. Belirlenen süre içerisinde, anayasaya aykırılık giderilmek zorundadır (Kanun Madde 49) (16).

Anayasa hükümlerinin yorumlanması ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı, Millet Meclisi veya sürekli komisyonlardan biri, Bakanlar Kurulu veya bir bakan, Sayıştay veya Yargıtay başkanı ve baş savcı Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir (Kanun madde 21/6 ve 51/1). Bu yorum kararları kesindir ve herkes için bağlayıcıdır (17). Anayasa Mahkemesinin yorum kararları resmi gazetede (Magyar Közlöny) yayınlanır (Kanun madde 51/2).

3- Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi sonucunda, denetim konusu kanunları kısmen veya tamamen iptal edebilmektedir. Mahkeme kararları kesindir (Kanun madde 27), kararlar aleyhine başka bir organa başvurulamaz. Kural olarak, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlandığı tarihten itibaren geçerlidir. Fakat, Mahkeme gerekli gördüğü hallerde, kararların yürürlük tarihini ayrıca belirleyebilmektedir (Kanun madde 43/1) (18).

Anayasa Mahkemesi kararları genellikle (erga omnes) herkes için geçerli sonuçlar doğurmaktadır. Yetki ihtilaflarının giderilmesi konusunda verilen kararların ise, (inter partes) sadece tarafları bağlayıcı etkiler doğuracağı açıktır. Yasama ihmalleri konusunda verilen anayasaya aykırılık kararları ise, ilgililer açısından etkili olmaktadır.

(15) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 37.

(16) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 36.

(17) L. SÖLYOM, a.g.m., s. 290.

(18) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 37.

Anayasa Mahkemesinin önemli kararları resmi gazetede (Magyar Közlöny) yayınlanır. Bunun yanı sıra, Mahkemenin çıkardığı aylık gazetede (Alkotmánybírósaği Határozatok) tüm kararlar yayınlanmaktadır. Ayrıca Mahkeme, her yıl yayınladığı bir ciltde de sırasıyla yıl içindeki kararlarını yayınlamaktadır (19).

II- KURULUŞ VE ORGANİZASYON

Macaristan Anayasa Mahkemesi, Millet Meclisince seçilen 15 üyeden oluşan bir kurumdur. Üyeler 9 yıl görev yapmak üzere seçilirler, tekrar seçilebilmek mümkündür. Üyeler kendi aralarından, 3 yıl süreyle görevli olmak üzere birinci ve ikinci başkanı seçer ve tekrar seçilebilmek mümkündür (Kanun madde 4). Macaristan Anayasa Mahkemesi, 3 üyeli daireler (kurullar) halinde veya üye tam sayısı ile toplanarak çalışmalarını sürdürür (Kanun madde 25/1).

1- Üye Seçimi

Hukuk eğitimi görmüş, 45 yaşını doldurmuş, adli sicili temiz tüm Macar vatandaşları Anayasa Mahkemesine üye seçilebilirler (20). Adaylar, siyasi partilerden birer temsilci ve bağımsız millet vekillerinden oluşan bir öneri kurulu tarafından belirlenerek, Millet Meclisinin onayına sunulur (Kanun madde 6). Millet meclisi hukuk komisyonunun (legal committee of parliament) görüşleri de alınarak yapılan oylama sonucu, Meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun oyları ile üye seçimi gerçekleştirilmektedir.

Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi üyelerini yetkin hukuk yazarları, üniversite profesörleri, hukuk ve politika bilimi doktorları veya dalında 20 yıl uygulamalı hizmeti bulunan hukukçular arasından seçer. Seçilme döneminden önceki 4 yıl içerisinde hükümet üyeliği yapmış, veya bir siyasi partide görev almış bulunan ya da bir kamu kurumunda yöneticilik görevinde bulunmuş olanlar Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilemezler (Kanun madde 5).

Seçilen üyeler, Millet Meclisi önünde, Anayasaya bağlı kalacaklarına, bütün görevlerini dikkatle ve özenle yerine getireceklerine dair yemin ederek görevlerine başlarlar (Kanun madde 11).

2- Üyelerin Hukuki Statüsü

Anayasa Mahkemesi üyeleri görevlerinde bağımsızdırlar, sadece Anayasa ve kanunlara uygun olarak görev yaparlar (Kanun madde 12).

Macaristan'da, Anayasa Mahkemesi üyeleri, millet vekillerinin sahip ol-

(19) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 37.

(20) Bulletin on Constitutional Case-Law, s. 35.

dukları ayrıcalıklardan (dokunulmazlık ve sorumsuzluk) tam olarak yararlanırlar. Mahkemenin üye tam sayısı ile yaptığı toplantı kararı olmaksızın hiçbir üye tutuklanamaz, cezai takibata tabi tutulamaz.

Suç üstü hali, bu koruma zırhının dışında tutulmuştur (Kanun madde 14). Mahkemenin, bir üyenin dokunulmazlığını kaldırması halinde, üyenin görevini ifası askıya alınmış (ertelenmiş) olur. Aynı sonuç, üyenin suç üstü halinde polise tutuklanması durumunda da geçerli olmaktadır. Yine, Mahkeme üyeleri, görev esnasında ileri sürdükleri görüş ve düşüncelerinden dolayı suçlanamazlar ve dava konusu edilemezler.

Mahkeme Başkanı, Başbakana (hükümet başkanı) eş protokol usullerine tabidir. İkinci başkan dahil üyeler ise, bu açıdan bakanlara eş kabul edilmektedir (Kanun madde 13).

Anayasa Mahkemesi Başkanı, Mahkemenin çalışmalarını düzenler ve denetler. Üye tam sayısı ile yapılan toplantıları yönetir, diğer kurum ve kuruluşlar nezdinde Mahkemeyi temsil eder, kanunların ve Mahkeme İçtüzüğü'nün verdiği diğer görevleri yerine getirir. Zorunlu hallerde başkanı, ikinci başkan temsil eder (Kanun madde 17).

Kanun, Mahkeme üyeleri hakkında bazı yasaklar da getirmiş bulunmaktadır. Üyeler, millet vekilliği yapamaz, yerel yönetimlerde görev alamaz, herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunda çalışamaz, siyasi partiye üye olamazlar. Yine üyeler, politik faaliyetlere katılamaz ve bu yönde demeç veremezler. Bilimsel, edebi, sanatsal ve eğitimle ilgili etkinlikler dışında hiçbir ödüllü aktivitede yer alamazlar (Kanun madde 9).

3- Üyeliğin Sona Ermesi

Anayasa Mahkemesine seçilen kişinin, üyeliğe engel bir durumu var ise, bu engelin seçim sonrası 10 gün içerisinde giderilmesi gereklidir. Bu süre dahilinde üyelik işlevi ifa edilemez. Eğer 10 gün içerisinde engel giderilemezse, Mahkeme üye tam sayısı ile toparlanarak, üyelik durumuna son vermektedir (Kanun madde 10).

Anayasa Mahkemesi Kanununda genel olarak üyeliği sona erdiren haller şu şekilde sıralanmıştır (Kanun madde 15).

- (a) 70 yaşını doldurmak.
- (b) Vekil üyeliğinin sona ermesi,
- (c) Ölüm,
- (d) İstifa,

- (e) Görevin ifasına ilişkin bir kanuni engelin ortaya çıkması,
- (f) Üyelik sıfatının kaldırılması,
- (g) Üyelikten ihrac.

Yaş haddinin dolması, vekil üyeliğin sona ermesi, ölüm ve istifa hallerinde, Mahkeme Başkanı olayı tesbit eder ve yayınlar. Diğer sona erme hallerinde, Mahkeme üye tam sayısı ile yaptığı toplantıda konuyu karara bağlar.

Üyenin görevi esnasında üyeliğe engel bir durumun ortaya çıkması halinde, konuyla ilgili Mahkemenin yapacağı toplantıyı takip eden 10 gün içerisinde engel ortadan kaldırılamaz ise, Mahkeme üye tam sayısı ile yapacağı toplantıda üyeliği sona erdirebilir. Anılan 10 günlük süre dahilinde üyelik görevi ifa edilemez, askıya alınır. Üyelikte bağdaşmayan bir durumun ortaya çıkması dışında, bir yıl süreyle Mahkeme çalışmalarına katılmayan üyenin de, üyeliğine Mahkemece son verilebilir.

4- Anayasa Mahkemesinin Çalışma Usulü

Macaristan Anayasa Mahkemesi, görevlerini üç üyeli kurullar veya üye tam sayısı ile yaptığı toplantılar ile yürütmektedir. Üye tam sayısı ile toplantıyı gerektiren haller şunlardır (Kanun madde 30).

- a) Mecliste kabul edilmiş fakat henüz yayınlanmamış kanunlar veya meclis içtüzüğü ile ilgili anayasaya aykırılık başvuruları neticesi yapılan önleyici denetimler.
- b) Uluslararası sözleşmelere aykırı yönetmeliklerle ilgili önleyici denetimler.
- c) Kanunların yürürlük sonrası yapılan anayasaya uygunluk denetimleri
- d) Kanunların, uluslararası sözleşmelere uygun olup olmadığı konusunda yapılan denetimler.
- e) Kanunların, Anayasa Mahkemesince yorumlanması faaliyetleri.
- f) Anayasa Mahkemesi içtüzüğü ile ilgili tasarıların hazırlanması çalışmaları,
- g) Suç üstü hallerinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin birinin tutuklanması veya bir koğuşurmaya konu edilmesi ile ilgili toplantılar.
- h) Anayasa Mahkemesi üyelerinde, üyeliğe engel bir halin ortaya çıkması durumunda,
- ı) Üyeliğe engel durumla ilgili başvurularda,

i) Anayasa Mahkemesi üyelerinin üyeliğine geçici son verilmesine ilişkin durumlarda.

j) Anayasa Mahkemesi üyelerinin üyelikten çıkarılmasına ilişkin konularda.

Yukarıda sayılan konular dışında, Mahkeme Başkanı veya üç üyeli toplantılarda üyeler tam sayı ile toplantı talep edebilirler. Tam sayı ile yapılan toplantılara başkan veya ikinci başkan, başkanlık eder. Her ikisi de katılamaz ise, bir temsilci başkanlığında toplanılır. Üç üyeli toplantılara ise, daire başkanı, başkanlık eder (Kanun madde 30/3 ve 31/3).

Kapalı oturum söz konusu olmadıkça üye tam sayısı ile yapılan toplantılara cumhurbaşkanı, başbakan, millet meclis başkanı, yargıtay başkanı, baş savcı, adalet bakanı ve talepte bulunan kişinin kendisi katılabilir. Daire halinde yapılan toplantılarda ise, daire başkanının davet ettiği kişiler toplantıya katılabilir. Toplantılardaki tartışmalara yalnızca mahkeme üyeleri katılabilirler (Kanun madde 30/4 ve 31/3).

SONUÇ:

Totaliter yapıdan- demokrasiye geçiş aşamasında kurulan Macaristan Anayasa Mahkemesi yetkileri ve üyelerinin konumu itibariyle ilginç bir müessese olmaktadır. 1990 yılından itibaren faaliyete geçmiş bulunan Macaristan Anayasa Mahkemesi, totaliter yapıdan demokrasiye geçişin ilk kurumsal göstergesi olmuştur. Parlamento gücünün, anayasaya uygunluk denetimi ile sınırlandırılmasının, hukuk devletinin oluşumuna önemli katkılar sağlayıcı açıktır. Mahkemenin kararları ile bu kritik dönemin siyasi tartışmalarının hukuki sorun olmasını engellediği ve demokrasiye geçişe önemli etkileri olduğu belirtilmektedir (21).

(21) Bkz., L. SOLYOM, a.g.m., s. 287-301.

İDARİ MAKAMLARIN SÜKUTU ÜZERİNE AÇILAN DAVALARDA SÜRE

Yrd. Doç. Dr. Murat SEZGİNER (*)

I. İDARİ MAKAMLARIN SÜKUTU

Hukuk sistemimizde, vatandaşların kendileriyle ilgili olarak bir işlem yapılmasını idari makamlardan isteyebileceği hususu düzenleme altına alınmıştır. Anayasamızın Dilekçe Hakkı başlığını taşıyan 74. maddesi "vatandaşlar, kendileriyle veya kanu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir" demek suretiyle bu konudaki Anayasal güvenceyi ortaya koymuştur (1).

Gerçi Anayasa idari makamlara yapılacak müracaatlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisine yapılacak müracaatları aynı madde içinde düzenlemekle beraber her iki müracaatın farklı mahiyete sahip olduğu ortadadır (2). Duran, idari müracaatı şu şekilde tanımlanmıştır (3); "Fertlerin menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idareleri nezdinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bilcümle talep, iddia ve dilekleri idari müracaatı tazammun eder".

Aynı şekilde İdari Yargılama Usulü Kanu'nun 10. maddesi "ilgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler" demek suretiyle, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinde de "Türk vatandaşları kendileriyle veya kanu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler" ifadesi kullanılmak suretiyle, idari makamlara bir işlem yapılması için müracaat edilebileceği düzenlenmiştir.

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

(1) 1924 Anayasası'nın 82 ve 1961 Anayasası'nın 62. maddelerinde de birtakım ifade değişiklikleri olmakla beraber, aynı düzenleme mevcuttur.

(2) Bu farklılıkla ilgili olarak Bk. Duran, L, İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meşalesi, İÜHF, c. XII, sy. 1, s. 132.

(3) Duran, s. 135.

Anayasa'ya göre, idareye yapılacak olan müracaatların yazılı olarak cevaplandırılması gerekir (Anayasa md. 74/2). Yani Anayasa hükmüne göre, ilgililerin idareye yapmış buldukları müracaatların idarece cevaplandırılmaması, susma ile geçiştirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde 3071 sayılı Kanun'un 7. maddesi de "Türk vatandaşlarının kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç iki ay içinde cevap verilir" hükmünü içermektedir.

Bütün bu düzenlemelere rağmen idare, ilgiliye herhangi bir cevap vermemek suretiyle hareketsiz kalabilir (4). Böyle bir durumda idarenin karşılaşacağı müeyyide, daha doğrusu ilgili için doğacak olan hak, izlenecek yolda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almaktadır. (İYUK. md. 10/2). Buna göre, ilgililerin müracaatlarına altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler.

Anayasanın idari müracaatlara yazılı cevap verilmesi yönündeki hükmü ile cevap verilmemesi halinde izlenecek yolu düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu arasında bir çelişkidir ziyade, birbirlerini tamamlama söz konusudur. Gerçekten de idarenin her müracaata yazılı olarak cevap vermesi mümkün değildir. O zaman idarenin cevap vermediği kişilerin haklarının korunması gerekir. Bu korunma, ilgilinin talebinin yargı organı önünde de incelenmesi şeklinde gerçekleşecektir.

İdarenin, talep karşısında sessiz kalması, bunu reddettiği anlamına gelecektir. Bunun aksini düşünmek imkansızdır (5). Zira idarenin susması durumunda ilgilinin lehine bir yorum yapılamaz. İlgili kendisiyle ilgili bir talepte bulunduğu anda, bu talebin konusu ancak bir idare işlem yapmakla, yani idarenin bir edimi ile tatmin edilebilir. İdarenin hareketsiz kalması elbette ki talebin karşılandığı bir işlem şeklinde değerlendirilemez. Durum böyle olunca da, ilgililere bir dava hakkının verilmesi zaruret olarak ortaya çıkmaktadır.

II. İDARENİN SÜKUTU'NUN MEVZUA'TIMIZDA DÜZENLENİŞİ

A. Tarihi Gelişim

İdarenin sükutunun "red" anlamına geldiği ve bu red işlemine karşı dava

(4) 3071 sayılı Kanun'un 6. maddesi incelenemeyecek dilekçeleri de belirtmiştir. Buna göre, belli bir konuyu ihtiva etmeyenler, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar, ad ve soyad, imza ve iş veya ikametgah adresinin bulunmadığı dilekçeler idari makamlar tarafından incelenemez. Bu eksiklikleri taşımayan dilekçelere ise idare iki ay içinde cevap vermek zorundadır.

(5) Duran, s. 183.

açılacağı hususu mevzuatımızda ilk olarak 1938 tarihli 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu'nda (6) yer almıştır. Kanun'un 33. maddesi şu şekildedir; "İdari davaya mevzu olabilecek bir karar verilmesi için alakalıların idari mercilere vukubulacak müracaatları üzerine bu mercilerin en çok dört ay içinde bir karar itihaz etmeleri lazımdır.

Bu müddet içinde bir karar verilmezse müracaat reddedilmiş sayılır ve bu halde alâkalı, dört ayın inkızasından itibaren yukarıdaki maddede yazılı müddet zarfında Devlet Şurasına idari dava açabilir" (7).

Cumhuriyet devrinin ilk Şurayı Devlet Kanunu olan 23 Teşrinisani 1341 (1925) tarihli 669 sayılı Kanun'da (8) ve bu Kanunda birtakım değişiklikler yapan 21 Temmuz 1931 tarihli 1859 sayılı Kanun'da (9) idarenin sükutuna ilişkin bir düzenleme yer almamıştır.

Bu konuda pozitif bir düzenleme olmamakla beraber o zamanki Şurayı Devlet, idareye yapılan müracaatın cevaplandırılmamasının red anlamına geldiğini belirten bir karar vermiştir. Kararda kullanılan ifade şu şekildedir (10); "Vakıa, Şurayı Devlette açılacak davalarda dava mevzuunu teşkil eden hadise hakkında Hükümetce lazimülnifaz muamele ve karar bulunması icap ederse de davacının mükerrer müracaatları üzerine idarenin bir cevap vermeyerek uzun müddet sükut etmesinin redde muadil bir muamele suretinde telakki edilmesi zaruri olduğu gibi davacıdan belediyece istenen aidat için idarece verilen tediye müddetinin ihmali yolunda davacının mesbuk talebinin reddolunmasından, davacı tarafından mukavelenin tadili için evvel ve ahir yapılan müracaatlar mazmununda iş bu aidat keyfiyetinin de dahil olması itibarile yine davacı hakkında zımnî bir red muamelesi mahiyetinde olduğunda şüphe edilemez" (11).

3546 sayılı Kanun'dan sonraki yıllarda da idarenin sükutuna ilişkin düzenleme hep mevcut olmuştur.

31 Aralık 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda da 69. madde ile

(6) Düstur, 3. Tertip, c. 20, s. 92.

(7) İdari Yargılama Usulü kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş bulunan, ilgililerin bir idari işleme karşı dava açmadan önce üst makamlardan bu işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi hususundaki müracaatları da mevzuatımızda ilk olarak 3546 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle düzenlenmiştir.

(8) Düstur, 3. Tertip, c. 7, s. 94.

(9) Düstur, 3. Tertip, c. 12, s. 916.

(10) D.D.U.H., 23.11.1937 tarih ve E. 37/286, K. 37/256, ŞDKM., sy. 3, s. 60.

(11) Pozitif bir düzenleme olmamasından kaynaklanan bir eksiklik olarak kararda, ne kadar süre susmanın red anlamına geleceği, dava açma süresinin hangi tarihlerde başlayacağı hususunda bir açıklama yoktur.

sözkonusu düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre, "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. Bu halde yetkili makamlar en çok üç ay içinde cevap verirler.

Bu süre içinde cevap verilmez ise istek reddedilmiş sayılır ve ilgililer, üç ayın bittiği tarihten itibaren doksan gün içinde Danıştay'a dava açabilirler. Dava açılmayan haller ile davanın doksan günlük süre geçtikten sonra açılması sebebiyle dilekçenin reddi halinde, üç aylık sürenin bitmesinden sonra cevap verilirse, bunun tebliğinden itibaren dava açma süresi yeniden işlemeye başlar".

521 sayılı Kanun, yukarıdaki düzenlemesiyle konuyu daha ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Zımni red süresi dört aydan üç aya indirilmiştir. Bundan çok daha önemli olan ise dava açma süresinin geçirilmesi veya süre geçtikten sonra açılmış bulunan davanın süreden reddi hallerinde sonradan idare tarafından bir cevap verilirse, cevapla birlikte dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacağına düzenleme altına alınmış olmasıdır.

1980 sonrasında idari yargı alanında yeniden yapılanmaya gidilmiş, 20.1.1982 tarihinde 2576 sayılı Kanunla ilk derece idare ve vergi mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemeleri kurulmuş, 2575 sayılı Danıştay Kanunu sadece teşkilat Kanunu olarak düzenlenmiş, usul kuralları da 20.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. maddesiyle idari makamların sükutunu düzenlemiştir. Buna göre, "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Dava açılmayan haller ile davanın süreden reddi halinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilmesi halinde, cevabın tebliğinden itibaren dava açma süresi yeniden işlemeye başlar".

10. madde bu haliyle zımni red süresi ve dava açma süresini altmış güne indirmiştir. Bunun yanında incelememizde en sık müracaat edilecek olan asıl yenilik idarenin, ilgilinin müracaatı üzerine kesin olmayan bir cevap vermesi halinde izlenecek yoldur. Kanuna göre ilgili bu durumda kesin olmayan cevabı istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebilir. Bu du-

rumda dava açma süresi işlemez.

Ayrıca, "Vergi Usul Kanununda yer alan vergi hatalarının düzeltilmesi istemleri dışında, bu madde hükümleri vergi uyuşmazlıklarında uygulanmaz" hükmü de 10. maddeye ilave edilmiştir.

10.4.1990 tarihli 3622 sayılı Kanun ise 10. maddede önemli bir değişiklik yapmak suretiyle, idarenin kesin olmayan cevabı üzerine ilgililere dava açmak veya kesin cevabı beklemek hususunda seçimlik bir hak tanıyan hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle esas olarak eski 521 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeye dönülmüştür. Değişiklikten önceki düzenleme olumlu olmakla beraber önemli eksiklikler taşımaktaydı. Herşeyden önce ilgilinin kesin olmayan cevap üzerine kesin cevabı beklemeye başlaması durumunda ne kadar süre bekleyeceği, dava açma süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda bir açıklama mevcut değildir (12). Bu eksiklik, 3622 sayılı Kanun tarafından hükmün ortadan kaldırılması şeklinde çözümlenmiştir. Bu değişikliği olumlu bulanlar olduğu gibi (13), eleştirenler de olmuştur (14). Ancak belirtmek gerekir ki, 3622 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik, ilgililerce idarenin kesin olmayan cevabı üzerine kesin cevabı bekleme imkanını ortadan kaldırarak, sadece dava açma yolunu açık tutması yönüyle olumlu bir değişiklik olmamıştır (15).

(12) İdarenin kesin olmayan cevabı üzerine, kesin cevabı bekleme imkanı getiren 1982'deki düzenlemeden önce Gözübüyük, bu tür bir durumla karşılaşan ilgili için iki seçenek sözkonusu olduğunu belirtmiştir. Buna göre, ilk olarak idarenin bu gibi cevaplarını dikkate almayarak, ilk müracaattan itibaren zımnî red süresini işletmek; ikincisi ise idarenin bu gibi cevaplarını zımnî red süresini kesen olaylar sayıp zımnî red süresini yeniden başlatmaktır. Yani bu durumda ilgili için seçimlik bir hak sözkonusu olacaktır. (Gözübüyük, Şeref, İdari Yargıda Dava Açma Süresi, AİD, c. 2, sy. 4, s. 7-8); Burada ilgilinin dava açma imkanını korumaya özen göstererek bir yorumlama yapılması gerektiği ileri sürülmüş, ilgili kesin olmayan cevabı dikkate almayarak ilk başvurudan itibaren altmış günün sonunda ve dava açma süresi içinde dava açacak olursa, ilk çözüm şeklini uygulamak, ortada bir zımnî red kararı olduğunu kabul edip davanın esasını incelemek gerekecektir. İlgili bu yolu tercih etmeyip, başvuru tarihinden itibaren altmış gün geçmiş olmasına rağmen izleyen dava açma süresi içinde dava açmamışsa, kesin olmayan cevabı dava açma süresini kesen bir olay sayarak dava açma süresini bundan itibaren hesaplamak süre geçmemişse davaya bakmak gerekir (Sancar, M., İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre, AİD, c. 23, sy. 1, s. 76-77). Uler ise, eski düzenlemenin açık olduğunu, kesin olmayan cevapla karşılaşan ilgili için bir süre sınırlaması konulmadığını belirterek, "Hele umutlandırıcı nitelikteki yanıtlardan sonra ilgili, isteminin yerine getirileceği inancı güçlenmiş olarak yönetimin kesin işlem ve eylemini -sabri elverdiği sürece bekleyebilirdi" demektedir (Uler, Yıldırım, Yönetmelik Yargıda Dava Süresi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 234).

(13) Öngören, Gürsel, Türk Hukukunda İdari Dava Açma Süresi, İstanbul 1990, s. 20.

(14) Sancar, s. 77, 30 nolu dipnot; Uler, s. 234-235; Zabunoğlu, Yahya K., İdari Yargıda Dava Açma Süresi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 201-202; Erkut, Celal, Danıştay ve İdari Yargılama Usulü Kanunları Hakkında Getirilen Değişiklikler Üzerine Kronik, Argumentum, Ağustos 1990, sy. 1, s. 5.

(15) Uler bu düzenlemeye rağmen ilgili için kesin cevabı bekleme imkanının bulunduğunu, "kesin cevabı da bekleyebilir" ibaresinin kanundan çıkarılmış bulunmasının, bu çözümün yargı yerlerine içtihat yoluyla sürdürülmesine engel olmadığını belirtmektedir (Uler, s. 235).

B. Bugünkü Durum

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda 18.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır (16). 4001 sayılı Kanun 10. madde üzerinde de tartışmaları büyük oranda sona erdirecek bir düzenleme yapmıştır. Buna göre 10. maddenin 1. fıkrasında idareye, idari davaya konu olabilecek bir işlem yapılması için ilgililerce müracaat edilebileceği belirtildikten sonra 2. fıkrada şu düzenleme getirilmiştir; "Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler".

Bu düzenleme, maddenin gerek 1982'deki ilk halinde, gerekse 1990 yılında 3622 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte mevcut bulunan eksiklikleri ortadan kaldırmıştır. İdarenin ilgilinin talebi karşısında vermiş bulunduğu belirsiz cevap üzerine, bunu istemin reddi sayarak dava açma yolunu tercih etmeyip, kesin cevabı beklemeyi seçen ilgili, ilk düzenlemede ne kadar süre bekleyeceği konusundaki belirsizlikle karşı karşıya idi. 3622 sayılı Kanundan sonra ise, belirsiz cevap üzerine ilgili için kesin cevabı bekleme imkanının olup olmadığı hususunda farklı görüşler ileri sürülebilmektedir (17).

III. İYUK. MADDE 10'UN UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE UYGULAMA ALANI

A. Sorunlar

1) Müracaat Edilecek İdari Makamda Hata Yapılması

İYUK. madde 10 çerçevesinde idareye yapılacak olan ve bir isteği, talebi içeren başvuruların, açıkça veya susma suretiyle reddi üzerine dava açma hakkının doğabilmesi için; sözkonusu başvurunun, o konuda işlem yapma yetkisi

(16) Değişikliklerin tümüne ilişkin değerlendirmeler için Bk. Sezginer, Murat-Özkan, Gürsel, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 93-128; Yıldırım Turan, İdari Yargılama Usulü Kanunundaki Son Değişiklikler, Hukuk Araştırmaları, 1994, c. 8, sy. 1-3, s. 101.

(17) Bk. 15 nolu dipnot.

olan makama yapılması gerekir (18). Aksi takdirde başvurunun konusunu oluşturan talep konusunda işlem tesis etme yetkisi olmayan bir makama yapılan başvuru ve bu başvuruya cevap verilmemesi, 10. madde çerçevesinde bir dava açma hakkı bahşetmez (19).

Talep konusunda işlem yapma yetkisi olmayan bir idari makama yapılmış olan müracaat nasıl değerlendirilecektir? Böyle bir müracaatın hiçbir sonuç doğurmayacağını söylemek mümkün değildir. Anayasamızın 123. maddesine göre, idare, kuruluş ve görevleriyle, bir bütündür. Dolayısıyla da idarenin karmaşık yapısı içinde idari makamda hata yapmış bulunan kişi için idareye başvurma şartını yerine getirmiş gözüyle bakmak gerekecektir. İdarenin bütünlüğü ilkesi ve idarenin son derece karmaşık teşkilat yapısı sebebiyle kanunkoyucu, hatalı idari makama karşı açılacak davalarda dahi mahkemenin, dilekçeyi gerçek hasma tebliğ edeceği hükmünü getirmiştir (İYUK. md. 15/1-c). Aynı yaklaşımın idari başvurular sebebiyle de sözkonusu olmaması için hiçbir sebep yoktur. Bu durum aynı zamanda kanuni bir yükümlülüktür. 3071 sayılı Dilekçe hakkının kullanımını düzenleyen Kanunun 5. maddesi dilekçenin, konuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilmesini ve durumdan da ilgilinin haberdar edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bu durumda zımni red için gerekli olan 60 günlük süre ne zaman başlayacaktır? Sürenin yetkisiz idari makama yapılan başvurudan itibaren başlatılması düşünülemez. Bu durumda görevli ve yetkili yere ilgilinin talebinin iletilmesiyle birlikte sürenin başlaması gerekir (20). Başvuru sahibinin, kendi talebinin ilgili makama ne zaman ulaştığını bilmesi mümkün olmayabilir. Öyleyse 3071 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmü uyarınca, dilekçenin ilgili yere iletilmiş olduğunun kendisine bildirildiği tarihten itibaren zımni red süresi işlemeye başlamalıdır. Bu bildirimden itibaren 60 gün içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılacak ve 10. maddeye göre dava açma hakkı oluşacaktır. Dava elbette ki, dilekçenin iletilmiş bulunduğu ilgili makama karşı açılacaktır.

2. Zımni Red Süresi İçinde Dava Açılması

İdari makama bir işlem yapması amacıyla başvurulmasından sonra, bir cevap vermeden ve zımni red süresi olan 60 günlük süre henüz dolmadan da dava

(18) Zabunoğlu, s. 196; Çırakman, Erol, İdari Davalarda Süre, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 203; Karavelioğlu, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, c. I, Trabzon 1993, s. 272.

(19) Zabunoğlu, s. 196; Çırakman, s. 203; Karavelioğlu, s. 272; Sancar, s. 74.

(20) Zabunoğlu, s. 197.

açılması söz konusu olabilir. Bu durumda henüz ortada dava konusu olabilecek bir idari işlem bulunmadığı açıktır. Öyleyse dava bu sebeple reddedilecektir (21). Ancak özellikle Conseil D'Etat'ında katkılarıyla, Danıştayımız ve Doktrin bu konuda ılımlı bir yaklaşım geliştirmiştir. Buna göre, 60 günlük zımni red süresi henüz dolmadan dava açılmışsa, davayı ilk incelemeyen sonra reddetmeyerek beklenmeli, süre dolduktan sonra davaya bakılmalıdır (22).

Zımni red süresi içinde açılmış bulunan davaya karşı idare yapacağı savunmada davanın esası hakkında görüş belirtmek suretiyle, ilgilinin talebi kanusunda açıklamalarda bulunmuşsa dava, bu cevabın niteliğine göre sonuçlandırılmalıdır. Yani talep idare tarafından kabul edilmişse dava reddolunacak, talebin kabul edilmediği anlaşılırsa da davaya artık süre konusunu incelemeyen bakılmaya başlanacaktır (23). Dava sırasında dava dilekçesine verilen cevap sebebiyle talebin reddi, susma suretiyle oluşan zımni reddin farklı olarak kendine özgü bir zımni red sayılabileceği gibi (24), talebin yazılı olarak kabul edilmediği belirtildiğine göre açık, yazılı bilinen anlamıyla bir red olarak da değerlendirilebilir.

Bu aşamada karşımıza çıkabilecek bir diğer sorun ise zımni red süresi içinde açılmış bulunan bir davada, idarenin verdiği cevap ile ilgilinin talebini red veya kabul etmeyerek belirsiz bir cevap vermesidir. Mesela, idare verdiği cevapta, dava konusu edilen talebin yetkili kurullarda incelendiğini ve daha sonra ilgiliye kararın bildirilebileceğini belirtebilir. Bu durumda nasıl davranılacaktır? 10. maddede 1994 yılında yapılan değişiklikle birlikte, "...Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ışığında, yukarıda ifade edilen sorun hakkında ortaya konabilecek çözüm şu şekilde olabilir; İdare, zımni red süresi içinde açılmış bulunan davaya karşı verdiği cevapta, belirsiz bir ifade kullanmışsa, ilgili bunu istemin reddi sayarak davanın devam ettirilmesini cevaba cevap dilekçesinde isteyebilir. Bu durumda mahkemenin davaya bakmaya devam etmesi gereklidir. Davacı cevaba cevap dilekçesinde kesin cevabı bekleyeceği yönünde

(21) Yenice, K. -Esin, Y, İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 206.

(22) Duran, s. 187; Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara 1996, s. 356; Gözübüyük, Dava Açma Süresi, s. 7; Danıştay'ında kesinleşmemiş bir idari işleme karşı açılan davayı, işlemin dava sırasında kesinleşmesi sebebiyle karara bağladığı görülmüştür. BK. D5D., 11.2.1944, E. 1939/3474, K. 1944/306, DKD., sy. 27, s. 18.

(23) Zabunoğlu, s. 198.

(24) Zabunoğlu, s. 198.

bir ifade kullanırsa bu durumda davanın kesin cevaba kadar bekletilmesi yönünde davranabilir. Bu bekleme ilk müracaat tarihinden itibaren altı ayı geçmeyeceğinden 6 aylık sürenin dolmasından itibaren davaya bakmaya devam edilecektir.

Önerilen bu çözüm şeklinin, İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde bir usul olmadığı açıktır. Kanunda böyle bir yargılama usulü öngörülmemiştir. Ancak, nasıl henüz zımnî red süresi dolmadan açılan dava için, sürenin dolması dava sırasında beklenebiliyorsa, idarenin belirsiz cevabı üzerine de aynı çözüm şekli uygulanabilir. Böylece hem davacı lehine bir çözüm şekli geliştirilmiş, hem de usul ekonomisi yönünden yararlı bir uygulama gerçekleşmiş olacaktır.

3. İdarenin Dava Açma Süresi Sonunda Cevap Vermesi

a. İdarenin Kendiliğinden Cevap Vermesi

10. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde, "Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler" hükmü mevcuttur. Bu açık düzenleme karşısında idarenin zımnî red süresini takip eden dava açma süresinden sonra veya dava açılıp süreden red (25) edilmesinden sonra idarece bir cevap verilirse dava açma süresi yeniden başlayacaktır (26).

b) İdarenin Yeni Bir Müracaat Üzerine Cevap Vermesi

Zımnî red kararından sonra dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde yetkili idari makamlarca cevap verildiği takdirde dava açma süresi yeniden başlayacaktır. İdarenin söz konusu cevabı kendiliğinden mi, yoksa ilgilinin ilk talebini tekrarladığı yeni bir müracaat üzerine mi vermesi gerektiği hususunda, kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Danıştay'ın bu konuda farklı kararları mevcuttur. 521 sayılı Danıştay Kanunu'ndan önceki dönemde, idarenin dava açma süresi sonunda veya davanın süreden reddi hallerinde sonradan cevap vermesi durumunda dava açma sü-

(25) Verilmiş bulunan bu red kararından sonra, idarece verilen cevap üzerine dava açma süresi yeniden başlayacağından, idarenin susması nedeniyle açılan davalarda süre aşımı nedeniyle verilen red kararlarının kesin hüküm niteliği taşımadığının kabul edilmesinin bir zorunluluk olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bk. Alan, N., İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları, DD, sy. 50-51, s. 36.

(26) Dava açma süresi geçirildikten sonra açılmış bulunan bir davanın görülmesi sırasında, idarece bir cevap verilmesi durumunda da dava reddedilmeyerek görülmeye devam edilecektir. Bu konudaki Danıştay Kararı için Bk. D5D., 22.10.1990, E. 88/2022, K. 90/1863, DD, sy. 82-83, s. 446.

resinin yeniden başlayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından, bu gibi davalarda süre bakımından red söz konusu olmaktadır. 521 sayılı Danıştay Kanunu ile söz konusu düzenleme yapılmış ve bunu takibeden tarihlerde Danıştay'ın farklı kararları olmuştur. Danıştay bazı kararlarında, dava süresinin yeniden işleyebilmesi için idarenin cevabının mutlaka kendiliğinden ve ilk müracaata cevap şeklinde olması gerektiğini belirtmiş (27), bazı kararlarında da böyle bir şartın gerekmediğini, idarenin vereceği cevabın kendiliğinden olması ile yeni bir müracaat ile olması arasında bir fark bulunmadığını belirtmiştir (28). Danıştay bazı kararlarında da, belli konularda idareye her zaman, tekraren yapılacak müracaatlarla dava açma süresinin yeniden başlatılabileceğini belirtmiştir. Mesela, pasaport almak için yapılacak müracaatlar (29), kamu per-

- (27) D12D., 23.5.1968, E. 67/1940, K. 68/1236, DKD, sy. 123-126, s. 521; DDDK., 13.2.1970, E. 69/584, K. 70/120, AİD., c. 3, sy. 2, s. 239; D5D., 27.10.1975, E. 75/7984, K. 75/6532, AİD., c. 9, sy. 3, s. 116; Danıştay kararları doğrultusunda görüş beyan eden yazarlar için bkz. Yenice-Esin, s. 208; Çırakman, s. 204; Candan'da bir Danıştay kararına (D4D., 28.9.1987, E. 1987/4697, K. 87/2635, DD, sy. 70-71, s. 209) yollama yapmak suretiyle, "Danıştay içtihadına göre, zimni red kararına karşı idari dava açma süresi geçirildikten sonra verilen cevabın yeni bir idari dava açma süresi işletebilmesi için, bu cevabın ilgilinin ilk başvurusuna verilmiş olması şarttır. Şayet, idarenin söz konusu cevabı, ilgilinin sonraki başvurusu veya başvurularına verilmiş ise; başka anlatımla, ilk başvuruyu cevapsız bırakan idarenin başvurunun sahibinin sonraki tahrikleriyle harekete geçmesi sonucu sağlanmışsa, zimni red işleminin oluştuğu tarihten itibaren idari dava açma süresinin geçmesiyle son bulan dava hakkının yeniden doğması mümkün değildir" demektedir (Candan, T. İdari Yargılma Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddelerinde 4001 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler II, Yaklaşım, sy. 28, Nisan 1995, s. 16). Ancak yollama yapılan karar incelendiğinde, ilgilinin müracaatının, Bakanlık tarafından kabul edilmediğine ilişkin açık bir işlemin mevcut olduğu görülmektedir. Davacı bu açık, yazılı red işlemine karşı dava açmayarak, daha sonra yeniden müracaat etmek suretiyle aldığı ikinci red cevabına karşı dava açmıştır. Yani karara konu olan olayda idarenin ilk red kararı, 10. madde çerçevesinde zimni red şeklinde oluşmuş bir arar değildir. 10. maddedeki düzenleme, idarenin susması suretiyle oluşmuş bulunan varsayımsal red kararından sonra, idarece verilmiş bulunan açık bir red kararının mevcudiyeti halinde dava açma süresinin yeniden başlayacağını belirtmektedir. Yoksa açıkça yazılı bir şekilde ortaya konmuş bulunan bir idari işleme karşı süresinde dava açmayarak, daha sonraki müracaatlarla dava açma süresini yeniden başlatmak şeklindeki bir uygulama söz konusu olmamak gerekir. Kanunkoyucu esas olarak idarenin açıkça verdiği cevabı esas almakta ve davanın buna karşı açılmasını öngörmektedir. Bunun mümkün olmadığı durumlar içinse zimni red kararına karşı dava açılması yolu getirilmiştir. Zimni reddenden sonra esasen kanunkoyucunun tercih ettiği açık, yazılı bir red sözkonusu olursa, buna karşı dava açılabilmesi mümkün olacaktır. İdarenin açık cevabıyla birlikte dava süresinin yeniden başlatılmasının temel mantığı budur.
- (28) D12D., 29.3.1969, E. 68/2437, K. 69/611, Esin, Y, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Usul, Ankara 1976, s. 445-446; D5D., 18.10.1986, E. 86/513, K. 86/835; Bu kararlar doğrultusunda görüş belirten yazarlar için bkz. Karavelioğlu, c. I, s. 277-278; Esin, s. 447; Zabuñoğlu, s. 204; Uler, s. 238-239; Sancar, s. 79; Öngören, s. 28; Gözübüyük, Dava Açma Süresi, s. 9.
- (29) İlgililerin, Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan seyahat özgürlüğünü kullanabilmeleri için gerekli işlemin yapılmasını idareden her zaman isteyebilecekleri açıktır. Seyahat özgürlüğünün kullanılabilmesi için gerekli işlemin yapılması isteminin idarece reddedilmiş olması, aynı konuda idareye tekrar başvurulmasına ve başvurunun reddi halinde red işlemine karşı dava açılmasına engel bulunmamaktadır. Seyahat özgürlüğünün sürekliliği nedeniyle, bu özgürlüğün kullanımı konusunda yapılan her yeni başvuru üzerine idarece tesis edilecek işlem için 2577 sayılı Yasanın 10. maddesine göre dava açılabilmesinin kabulü gerekir. D10D., 4.5.1987, E. 86/1044, K. 87/926, DD, sy. 68-69, s. 714.

sonelinin intibakı (30), terfiin yapılması gibi (31), özlük haklarına ilişkin müracaatlar, müracaat konusunun önemi ve ileriye dönük etkileri sebebiyle her zaman için sözkonusu olabilir ve alınacak red kararına karşı süresinde dava açılmasa da, daha sonra yapılacak olan müracaatlar ile elde edilecek açık veya zımni red kararına karşı dava açılabileceği kabul edilmiştir.

Zımni red kararından sonra idarenin vereceği cevabın kendiliğinden mi, yoksa yenilenen bir müracaat üzerine mi olacağı konusunda tartışma açmak gerçekten anlamsızdır. Sözkonusu cevabın hangi şartlarda verilecek bir cevap olması gerektiği konusunda kanunda bir düzenleme yoktur. Öyleyse bu cevap idare tarafından kendiliğinden verilebileceği gibi, ilgilinin tekraren yapacağı bir müracaat üzerine de olabilir. İlgilinin yeni müracaatına idare tarafından açıkça bir cevap verilmişse, bu cevaba karşı dava açma yolunu kapatmak, 10. maddenin 2. fıkrasındaki hükme rağmen mümkün olmamak gerekir. Ayrıca Zımni reddi takiben dava açma süresinin geçirilmesi durumunda, sürenin yeniden başlayabilmesi tamamen idarenin elindedir. Yukarıda ifade edilen belli konular dışında, idare sessizliğini sürdürürse dava açma süresi işlemeye başlamayacaktır. Zira kanun "...altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse..." demek suretiyle, sürenin başlaması için açık bir cevaba ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla idarenin cevabının mutlaka kendiliğinden verilecek bir cevap olması gerektiğini savunan Danıştay kararı ile yazarların ortaya koydukları, "aksi takdirde dava açma süresi sınırsız bir zamana yayılır" düşüncesi (32), geçerliliği olan bir düşünce değildir. İdare isterse, dava açma süresi geçmiş bulunan bir müracaat konusunda cevap vermemek suretiyle yeni bir süre başlatmayabilir. Eğer cevap verilirse zaten, kendiliğinden verilecek cevapta olduğu gibi, uyuşmazlığın dava konusu edilmesini kabul etmiş demektir.

(30) Kamu personelinin başlangıç derecesinin tesbitine veya intibaklarının yapılmasına ilişkin işlemlere karşı, bu işlemlerin niteliğinden dolayı, her zaman, ileriye dönük sonuç doğurmak üzere uyuşmazlık yaratılarak dava açılabilir. D5D., 16.3.1989, E. 88/2368, K. 89/415, DD, sy. 76-77, s. 360.

(31) Bir rütbede bekleme süresinin dolmasına rağmen terfiin yapılmaması üzerine bu konuda idareye yapılacak her başvurunun, terfi işleminin, süregelen etkisi nedeniyle öncelikten bağımsız ve hukuki sonuç doğuracak nitelikte olduğundan, ilk başvuru tarihine göre dava açma süresi hesaplanamaz. D5D., 30.6.1988, E. 88/1956, K. 88/2017, DD, sy. 72-73, s. 322.

(32) "Kanunun bu hükmüne, idarece cevapsız bırakılmış ve böylece reddolunmuş bir istem için belirli süreler geçtikten sonra dava hakkının kullanılmayarak sükut etmiş olması halinde, zamanla mukayyed olmaksızın ikinci bir müracaat yaparak dava hakkının istenildiği anda kullanılmasına ve sükut etmiş olan hakkın ihyasına imkan veren bir mahiyet atfetmek mümkün değildir. Hükmün bu manada anlaşılması takdirinde dava hakkının istimali için konulan müddetlerin, idarenin isteğe cevap vermemesi karşısında sonsuz bir zaman içine yayılmasına imkan verilmiş olur. Bu ise, sükutu hak müddetlerinin anme intizamı yönünde beklenen etkisine de engel olacaktır". DDDK., 13.2.1970, E. 69/584, K. 70/120, Esin, s. 447.

c) İdarenin Cevabı Üzerine Dava Açma Süresi

İdarenin, dava açma süresi sonunda veya davanın mahkemece reddinden sonra vereceği cevap, davacıya yeni bir dava hakkı verecektir. Bu dava açma hakkı hangi süre içinde kullanılacaktır. Maddenin son cümlesi "...cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler" demektir. Bu ifade şöyle bir problemi de beraberinde getirmektedir; İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesi "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür" hükmünü getirmiştir. Acaba bir vergi uyuşmazlığı söz konusu olduğunda da, idarenin cevabı üzerine dava açma süresi altmış gün olarak mı uygulanacaktır? Gerek 521 sayılı Danıştay Kanunu döneminde, gerekse 1982 yılından sonra 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu döneminde böyle bir sorun söz konusu değildi. Her iki kanunda da idarenin cevabı üzerine, "dava açma süresi yeniden başlar" denilmekte, 7. maddede belirtilen dava açma süresinin söz konusu olacağı anlaşılmaktaydı. Buna göre zımnî red kararından sonra Danıştay veya idare mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlık söz konusu ise altmış gün, vergi mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıkta ise otuz gün dava açma süresi olarak uygulanıyordu. 1994 yılında 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, idarenin cevabından sonra "dava açma süresi yeniden işlemeye başlar" cümlesi yerine, "cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler" denilmiştir. Değişiklik gerekçesinde (33) ve meclis genel kurul görüşmelerinde (34) bu konuda herhangi bir açıklama yoktur.

Söz konusu ifade değişikliğinin bilinçli olarak yapılmadığı ve burada amaçlananın idari dava açma süresi olduğu söylenebilir (35). Gerçekten de vergi mahkemesinin görev alanına giren bir konuda idareye yapılacak müracaat sonucunda idarenin susması suretiyle veya açıkça talebi reddetmesiyle dava açma süresi, 7. maddede belirtilen genel dava açma süresi olan otuz gündür. Zımnî red kararından sonra dava açma süresi sonucunda idare cevap verdiğinde ise dava açma süresinin altmış gün olması mantıklı değildir. Ayrıca zımnî red kararından sonra açılacak davalarda 10. maddenin 2. fıkrası 2. cümlesinde "ilgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler" denilmektedir. Fıkranın son cümle hükmünün ikinci cümle ile birlikte yorumlanmak suretiyle bir sonuca

(33) Bk. TBMM. Tutanak Dergisi, Dönem 19, c. 62, Yasama Yılı 3, s. 409.

(34) Bk. TBMM. Tutanak Dergisi, Dönem 19, c. 62, Yasama Yılı 3, s. 497.

(35) Candan, s. 17

ulaşılması gerektiğini belirten Candan, şöyle demektedir (36); "İkinci cümlede, isteğin zımnen reddi üzerine, altmış günlük bekleme süresinin bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre, Danıştay'a idare ve vergi mahkemelerine dava açılabileceği öngörüldüğüne göre; bu süre içinde dava açılmaması veya açılan davanın süre aşımı sebebiyle reddi hallerinde daha sonra verilecek cevap üzerine açılacak davanın da, cevabın konusuna göre, Danıştay'da idare ve vergi mahkemelerinde aynı süre içerisinde açılması gerekeceği tabidir. Başvuruya verilen cevabın, bu başvuru dolayısıyla oluşan zımni red işlemine nazaran farklı dava açma süresine tabi tutulmasını haklı gösterecek hiçbir neden yoktur" (37).

Kanaatimizce, söz konusu değişikliğin bilinçli olarak yapıldığına dair herhangi bir işaret olmamakla beraber, bu değişikliğe farklı bir anlam yüklemek gerekecektir. Kanunkoyucu, gerçekten, idarenin cevabı üzerinde idare ve vergi mahkemeleri için 7. maddede öngörülen genel dava açma süresini kasdetseydi, böyle bir değişikliği hiç yapmadan da bu amacını gerçekleştirdi. Zira eski düzenlemede zaten, bu durumda dava açma süresinin yeniden işleyeceği belirtilmişti. Bu düzenlemede yer alan ifade değiştirilerek, idare ve vergi mahkemesi ayrımı da yapılmadan altmış gün içinde dava açılacağı belirtilmiştir.

Burada şöyle bir yorum yapmak mümkündür; Dava açma süresi, idarenin zımni red kararından sonra söz konusudur. Nitekim Kanunda da bu husus belirtilerek "dava açma süresi" içinde davanın açılacağı belirtilmiştir. Dava açma süresi bittikten sonra idarece bir cevap verilmesi durumunda kanunkoyucu davacıya yeni bir süre vermektedir. Bu süre, genel dava açma süresi kadar olabileceği gibi farklı bir süre de olabilir. Mesela İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinde görevli olmayan yargı yerlerine açılan davaların görev noktasından reddi üzerine, davacıya görevli yargı yerine davasını açması için otuz günlük bir süre tanınmıştır. Bu süre dava açma süresi dışında, kanun koyucunun tanıdığı ek bir süredir. Nitekim 9. maddede de tanınan bu süre açısından, idare ve vergi mahkemesi ayrımı yapılmamıştır. Gerçi 9. maddedeki ifade 10. maddeye göre çok daha açıktır. Ancak temel yaklaşım olarak iki madde arasında bir paralellik kurmak da mümkündür.

Sonuç olarak zımni red kararından sonra dava açma süresi sonunda idarece cevap verildiğinde, vergi mahkemesinin görev alanına giren bir uyuşmazlıkta söz

(36) Candan, s. 17.

(37) Bu konuda Danıştay uygulamasının ne yönde olduğuna dair bir mahkeme kararına da rastlanmamıştır.

konusu olsa, dava açma süresi, kanun koyucunun açık ifadesi sebebiyle otuz değil, altmış gün olmalıdır. Bu yorum tarzı, dava açma süresini davacı lehine yorumlama, idarenin denetimini mümkün olduğunca kolaylaştırma yönündeki düşüncemize de uygundur.

4. İdarenin Kesin Olmayan (Belirsiz) Cevabı Üzerine Dava Açma Süresi

Altmış günlük zımnî red süresi içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. 4001 sayılı Kanunla 1994 yılında getirilen bu değişiklik, idarenin kesin olmayan cevabı üzerine nasıl davranılacağına ayrıntısıyla düzenlemiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, maddenin ilk şeklinde, idarenin kesin olmayan cevabı üzerine ilgili bunu istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez, denilmekteydi. Burada idarenin cevabını istemin reddi sayan ilgili için bir sorun bulunmamakla birlikte, kesin cevabı beklemek isteyen ilgilinin ne kadar bekleyeceği belirsizdi. 1990 yılında 3622 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikle, idarenin kesin olmayan cevabı üzerine ilgiliye seçimlik hak getiren düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır (38).

4001 sayılı Kanun, daha önce mevcut bulunan tartışmaları büyük oranda sona erdirmiştir. İlgili, idarenin kesin olmayan cevabını red sayıp dava açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebilir. Burada dikkat edilecek olan husus bekleme süresinin idarenin cevabıyla birlikte değil, idareye müracaatla birlikte başlayacağıdır. Altı aylık bekleme süresi içinde talebin reddi yönünde, kesin bir cevap ilgiliye bildirilirse tabiidir ki bekleme süresi kesilecek ve dava açma süresi içinde dava açılacaktır.

4001 sayılı Kanunla getirilen bu değişikliklerden sonra da birtakım so-

(38) Değişikliğin eleştirisi için bk. 13 ve 14 nolu dipnotlar.

Erkut, bu değişiklikle birlikte idarenin kesin olmayan cevaplarına karşı dava açma yolunun kapatılmadığını belirtmiştir. Yazara göre, idare belirsiz, kesin olmayan bir cevap verirse, 14. maddenin 3. fıkrasına eklenen (d) bendinde belirtilen ve mahkemece ilk incelemede ele alınacak olan "idari davaya konu yapılabilecek işlemin kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem" olması zorunluluğu karşısında bu cevap dava konusu edilemez. Üstelik ortada bir cevap da bulunduğundan zımnî red süresi de işlemez ve idarece kesin cevap daha sonra verildiğinde süre bakımından yargı yoluna başvurma imkanı kalmayacaktır. Bk. Erkut, s. 5; Ayrıca bk. Erkut, C, İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı, I. ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, Ankara, s. 114.

runların çıkacağı görülmektedir.

a) Altı Aylık Bekleme Süresi İçinde Dava Açılması

İdarenin kesin olmayan cevabı üzerine ilgili, bunu talebinin reddi sayarak dava açma süresi içinde dava açmazsa, kesin cevabı beklemeyi tercih etmiş demektir. Bundan sonra başvuru tarihinden itibaren altı aylık süre dolmadan dava açılmaz. İlgili söz konusu bekleme süresi içinde dava açarsa ne olacaktır? Bu soruya, hemen ilk bakışta kolayca bir cevap verilebilir; Dava reddolunacaktır. Kanaatimizce burada da zımnî red süresi içinde açılan davalarda uygulanacak usulün uygulanması yerinde olacaktır. Conseil D'Etat'ın katkılarıyla Danıştayımız ve doktrin tarafından benimsenen görüşe göre, zımnî red süresi dolmadan açılan davalarda mahkeme zımnî red süresinin dolmasını beklemeli ve süre dolduktan sonra davaya bakmalı veya idare yapacağı savunmada talebi reddederse bundan itibaren zımnî red süresinin dolmasını beklemeye gerek kalmadan (39) davaya bakmalıdır.

Bekleme süresi içinde açılan davalarda da aynı usulün uygulanmasına hiçbir engel yoktur. Buna göre, açılan dava, mahkeme tarafından reddedilmeyerek, dava sırasında bekleme süresi dolduğunda veya idarece davaya verilen cevapta talep reddedilmişse, bu red beyanına karşı davaya bakmaya devam etmelidir. İdare davaya karşı verdiği cevapta, ilk vermiş bulunduğu kesin olmayan kararı tekrarlamakla yetinirse ne olacaktır? Bu durumda da, cevabı dikkate almadan bekleme süresinin dolması beklenmeli ve süre dolduktan sonra da davaya bakmaya devam edilmelidir.

b) Altı Aylık Bekleme Süresini Takibeden Dava Açma Süresi Sonunda İdarenin Cevap Vermesi

İdarenin kesin olmayan cevabı üzerine, kesin cevabı beklemeyi tercih eden ilgili, altı aylık bekleme süresinin dolmasından sonra dava açma süresi içinde davasını açmalıdır. Dava açma süresinin sona ermesinden sonra dava açılması halinde, söz konusu dava, süre bakımından reddedilecektir.

Acaba altı aylık bekleme süresi dolduktan sonra dava açma süresi içinde dava açılmamışsa, idarenin bu tarihten sonra vereceği cevap ilgiliye yeni bir süre kazandırır mı? Bilindiği üzere dava açılmaması veya davanın süreden reddi halinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açılabilir. Burada

(39) YUK'nun 16. maddesinde tebligat ve cevap verme düzenlenmiştir. Burada davalının cevabı, buna karşı davacının ve davalının ikinci cevapları için otuz'er günlük süreler tanımlanmıştır. Dolayısıyla da bu aşamalar tamamlandığında zımnî red süresi de zaten dolmuş olacaktır.

ifade edilen "...altmış günlük sürenin bitmesinden sonra" ibaresi tereddüt yaratmakla birlikte, altı ay sonunda dava açma süresinden sonra idarece cevap verilirse, bu cevap, ilgili için altmış günlük bir ek süre kazandırır.

Candan bu konuda farklı bir görüş ileri sürerek, altı aylık bekleme süresi sonunda dava açma hakkı, süresi içinde kullanılmazsa, artık idarenin cevabı üzerine yeni bir dava açma hakkının kullanılamayacağını belirtmektedir (40). Candan'a göre; "altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse...", ibaresi, içerdiği düzenlemenin, salt, altmış günlük ilk bekleme süresi içerisinde cevap vermeyen idarenin başvuruda bulunana daha sonra vermiş olduğu cevaplar dolayısıyla uygulanabilir nitelikte olduğunu; bu ilk bekleme süresi içerisinde verilen kesin olmayan cevaba karşı dava açmayan, dava açma hakkını altı aylık bekleme süresinde kesin cevap alamaması üzerine de kullanmayan veya açmış olduğu davası süre aşımı sebebiyle reddedilen idare edilene, idari dava açma süresi geçtikten sonra verilen kesin cevaplar üzerine uygulanamayacağını göstermektedir".

"...Altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse...", ibaresinin, altmış günlük ilk bekleme süresini ifade ettiği düşünülebilirse de, sözkonusu ifadenin, altı aylık bekleme süresi sonundaki dava açma süresinden sonra verilen cevabı kapsam dışı bırakmak amacı güttüğü söylenemez. Çünkü sözkonusu ifade altı aylık bekleme süresi kanunkoyucu tarafından kanuna ilave edilmeden öncede mevcuttu. 1994 yılında 4001 sayılı Kanun, ilgiliye kesin olmayan cevap üzerine altı aylık bekleme imkanını getirdiğinde, bu düzenlemeyi, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra idarenin cevabı üzerine dava açma imkanını getiren son cümleden hemen önceye yerleşmiştir. Anlaşılacağı üzere altmış günün bitmesinden bahseden cümle altı aylık bekleme süresini de dikkate almak suretiyle, bu süreyi kapsam dışı bırakmış değildir. Kanunkoyucunun idarenin yeni cevabı üzerine dava açma imkanı getirmesi, farazi zımni red kararına karşı idarenin açık cevabının dava konusu olmasını daha çok tercih etmesindedir. Dolayısıyla da altı aylık bekleme süresi sonunda dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde idarece kesin cevap verilirse, altmış gün içinde dava açmak mümkündür.

c) Altı Aylık Bekleme Süresinin Hesaplanması

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ay olarak tesbit edilmiş bulunan sürelerin hesaplanmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Kanunun 8. maddesinde sü-

relerle ilgili genel esaslar belirtilmekle birlikte, bu esaslar gün olarak tesit edilen sürelerle ilişkindir. Hafta, ay ve yıl olarak belirlenmiş bulunan sürelerin nasıl hesaplanacağı belli değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı hususları tesbit eden 31. maddede süreden bahsedilmemekle beraber, bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kıyasen uygulanacaktır (41).

Konu ile ilgili bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesi, 2. fıkrasında şu hüküm yer almıştır; "Müddet hafta veya ay olarak tayin edilmiş ise başladığı güne son hafta veya ayda tekabül eden tatil saatinde biter. Müddet ay nihayetine doğru başlayıp da bittiği ayın aynı gün yoksa müddet bu ayın sonunda biter". Buna göre, ayın hangi gününde süre başlamışsa, mesela bir aylık süre, takip eden ayın aynı gününde son bulur. Ayın ilk günü veya son günü süre başlamışsa, bir aylık süre takip eden ayın ilk veya son günü mesai saati bitiminde sona erer. Altı aylık sürenin hesabı da aynı şekilde olacaktır. Mesela 1 Ocakta başlayan altı aylık süre 1 Temmuzda, sona erecektir.

5. Zımni Red Kararına Karşı 11. Madde Kapsamında Müracaat

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi, bir idari işleme karşı dava açmadan önce, idareye bu işlemi tekrar gözden geçirmek üzere müracaat edilmesini düzenlemiştir. Maddede "ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur" denilmektedir. 11. maddenin 10. maddeden farkı, ortada mevcut bir idari işlemin olması ve buna karşı dava açma süresinin işlemeye başlamış olmasıdır. 10. madde kapsamında yapılan müracaatta ise henüz bir idari işlem yoktur ve idareye işlem tesis etmesi için müracaatta bulunulmaktadır. Dava açma süresi de ortada bir işlem ve dolayısıyla da bir uyumsuzluk olmaması sebebiyle işlememektedir.

Burada sorun şudur; 10. madde kapsamında idareye bir işlem tesis etmesi için yapılan müracaata idarece altmış gün içinde cevap verilmemesi suretiyle oluşan zımni red kararının değiştirilmesi, geri alınması, yerine yeni bir işlem yapılması idareden istenebilir mi? Buna olumlu cevap vermemiz gerekecektir. Zira 11. maddede bir idari işlem hakkında müracaat yapılacağı öngörülmüşken, müracaatın sadece idarenin kendiliğinden veya müracaat üzerine almış bulunduğu açık, yazılı, bir karar aleyhine olabileceğini öngörmemiştir. Bu karar yazılı, açık

(41) Öngören, s. 132; Candan, s. 19-20.

bir karar olabileceği gibi, bir zımni red kararı da olabilecektir.

Bu durumda idarenin altmış gün cevap vermemesi suretiyle oluşmuş bulunan zımni red kararı için, altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi işlemeye başlayacaktır (madde 10/2). İlgili bu karara karşı 11. madde uyarınca idareye müracaat ederse işlemeye başlayan dava açma süresi duracaktır (madde 11/1). Mesela, idare mahkemesinin görevi alanına giren bir uyuşmazlıkta zımni red kararından sonra 10. günde idareye müracaat yapılırsa süre burada durur.. Bu müracaata altmış gün içinde cevap verilmezse altmış günlük sürenin bitiminden itibaren 50 gün içinde, açıkca bir red cevabı gelmişse de gene bu cevaptan itibaren 50 gün içinde dava açılmalıdır (madde 11/2-3).

Danıştay da, 10. maddeye göre idareye yapılan başvuru üzerine tesis edilen işleme karşı, 11. madde kapsamında idareye başvuru olabileceğini kabul etmiştir. 11. maddenin, idare tarafından re'sen tesis edilen işlemlerle ilgili olarak üst makamlara müracaatını düzenlediği, bu sebeple de zımni red kararına karşı idareye yapılan müracaatın, dava açma süresini durdurmayaacağını belirterek, davayı süre açısından reddeden ilk derece mahkeme kararını bozan Danıştay, kararında şöyle demektedir (42); ..."davacının, 2577 sayılı Kanunun 10. maddesine göre, hakkında idari davaya konu olabilecek bir işlemin yapılması için davalı idareye başvurduğu ve isteminin 60 günlük cevap verme süresi içerisinde reddedildiği anlaşılmaktadır. Böylece, idare 10. maddede öngörülen 60 günlük süre içerisinde bir işlem tesis etmekle olayın, idari makamların sükuu halinde dava açma süresini düzenleyen 2577 sayılı Kanunun 10. maddesi ile irtibatını kesmiş bulunmaktadır. Bu işleme karşı, 2577 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan 11. maddesi uyarınca, üst makamlara başvuru hakkını kısıtlayan herhangi bir kurala da söz konusu kanunda yer verilmemiştir".

6. Zımni Red Kararına Karşı Tam Yargı Davası Açılması

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi, bir idari işlemde hakları ihlal edilmiş olanların, doğrudan doğruya tam yargı davası açabilecekleri gibi, önce iptal davası ve bu davanın kesinleşmesiyle tam yargı davası açabileceklerini öngörmektedir. Yukarıda 11. madde hakkında söylenenler burada da geçerlidir. Yani bir hakkı ihlal eden, zarar doğuran işlem, idarenin re'sen yaptığı bir işlem olabileceği gibi, bir zımni red kararı da olabilir. Dolayısıyla da 10. madde kapsamında idareye yapılan bir talebin susmak suretiyle reddedilmesi, bir zarar doğurmuşsa buna karşı tam yargı davası açmak mümkündür.

Danıştay'da 10. madde kapsamında yapılan bir müracaatın reddi sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilebileceğini, tam yargı davasına konu olabileceğini belirtmiştir. Danıştay kararında şu ifadeler yer almıştır (43); "Olayda 1402 sayılı Sıkıyönetim yasasına dayanarak kolluk hizmetlerini yürüten idarece, bir ihbar üzerine davacının eşyalarına, kolluk önlemi olarak el konulmuştur. Bu el koyma tasarrufu ilgili idari mevzuat çerçevesinde hukuk alanında değişiklik doğuran irade açıklamasını yansıtmaması nedeniyle idari eylem değil, idari işlemdir. Anılan işlemin tesis edilmesinden sonra, Sıkıyönetim askeri mahkemesinde görülen davada elkonulan eşyaların davacıyla ilgili olmadığına mahkemece belirlenmesi üzerine, davacı eşyalarını geri isteme hakkını kazanmış olup, davacının eşyalarının geri verilmesi istemi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 10. maddesine göre yapılmış bir başvuru niteliğindedir. Başvurusu reddedilen davacının, bu red işlemi nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle 2577 sayılı Yasanın 12. maddesine göre 60 gün içinde dava açabileceğinin kabulü gerekir".

Burada dava konusu olacak olan zımni red kararına karşı, 11. madde kapsamında idareye müracaat edilebileceğini de belirtmek gerekir.

B. 10. Madde Hükümünün Uygulanma Alanı

10. maddede yeralan idarenin kesin olmayan cevabı üzerine 6 ay bekleme imkanını getiren düzenleme ile idarenin sonradan cevap vermesi üzerine yeni bir dava açma süresi tanıyan düzenlemenin uygulama alanının genişletilip genişletilemeyeceği tartışma konusudur. Bu konu herbir madde için ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. Üst Makamlara Başvurmada (Madde 11)

10 ve 11. maddeler farklı konuları düzenlemekle beraber ortak noktaları da mevcuttur. Her iki hükümde de idareye başvuru ve bunun sonuçları ile zımni red müessesesi mevcuttur (44). Ancak 10. madde kapsamında yapılan müracaat, henüz hukuk alanında yer almamış bulunan bir idari işlemin yapılması isteğini içerirken, 11. madde kapsamındaki müracaat ise, var olan, daha önce yapılmış bir işlemin değiştirilmesi, kaldırılması, geri alınmasına yöneliktir. Bu farklılık sebebiyledir ki, 10. maddeye göre yapılan müracaatta idareden alınan cevap veya zımni reddin sonra dava açma süresi işlemeye başlar. 11. maddede ise işlem mevcuttur ve dava açma süresi işlemeye başlamıştır. Müracaat işlemeye başlayan dava açma süresini durdurur; daha sonra da idarenin cevabı veya zımni reddin

(43) D10D., 7.12.1994, E. 94/1996, K. 94/6283 (yayınlanmamıştır).

(44) Zabunoğlu, s. 195.

sonra durmuş bulunan süre kaldığı yerden işlemeye başlar.

Mevcut bir idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması için idareye yapılan müracaata, idare tarafından kesin olmayan bir cevap verildiğinde durum ne olacaktır? 11. maddede bu konuda bir düzenleme yoktur. Acaba kesin olmayan cevaba ilişkin olarak 10. maddede yer alan hüküm, 11. maddede de geçerli olur mu? Kanaatimizce buna engel olacak bir düzenleme mevcut değildir. Yani 10. md'deki düzenleme burada da geçerli olabilir (45). Bu durumda uygulama şu şekilde olacaktır; Bir idare işlem için, 11. madde kapsamında idareye müracaat edildiğinde müracaat tarihine kadar işlemiş olan süre duracaktır. Altmış günlük bekleme süresi içinde idare kesin olmayan bir cevap verirse; ilgili kişi kesin cevabı idareye yapılan ilk başvuru tarihinden itibaren altı ay bekleyebilecektir. Altı aylık süre tamamlandığında ise durmuş bulunan dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacak, idareye ilk başvuru tarihi kadar işlemiş bulunan süre de hesaba katılacaktır.

Danıştay bu konuda farklı bir görüş ileri sürmüştür. 3622 sayılı kanundan önce (46) verilmiş bulunan bir kararda Danıştay, yapılan atama işleminin değiştirilmesi için idareye yapılan müracaat üzerine idarenin kesin olmayan bir cevap vermesiyle birlikte kesin cevabı beklemeye başlayan ve daha sonra tekrar bir müracaatta bulunup dava açan davacının, davasını reddedmiştir. Danıştay kararında (47); ".,, davacı, 2577 sayılı Kanunun 10. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak davalı idarenin kesin olmayan cevabı üzerine dava açabileceği halde kesin cevabı beklediğini, esasen 2577 sayılı Kanunun 11. maddesine göre yapılan müracaatla aynı Kanunun 10. maddesinin ikinci bendinin uygulamasını engelleyen bir kural olmadığını iddia etmekte ise de; adı geçen Kanunun 10. maddesi idari davaya konu olabilecek bir işlem tesisi için idareye müracaatla ilgili olduğundan olayda uygulanması olanağı bulunmaktadır" şeklinde görüş belirtmiştir (48).

11. madde kapsamında yapılmış bulunan müracaatlarda, zımni reddi ta-

(45) Aynı görüş için bk. Zabunoğlu, s. 196 ve 206.

(46) 1990 tarihinde 3622 sayılı kanun tarafından kaldırılmadan önce 10. maddede "... altmış günlük süre içerisinde idarece verilen cevap kesin değilse, ilgili bu cevabı isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir" ibaresi mevcuttu. Bu dönemde kesin olmayan cevap üzerine kesin cevabı bekleyen ilgili için ne kadar süre bekleyeceği öngörülmemişti. Bugünkü düzenlemeden bu yönüyle farklı olmakla beraber sözkonusu hükmün, 11. madde de uygulanıp uygulanmayacağı açısından şimdiki düzenleme ile eski düzenleme arasında bir farklılık yoktur.

(47) D5D., 21.10.1987, E. 87/731, K. 87/1307, (yayınlanmamıştır).

(48) Yenice-Esin'de idarenin kesin olmayan, belirsiz cevabı üzerine ilgilinin kesin cevabı bekleme yoluna gitmeyerek, 60 günlük zımni red süresi sonunda davayı açması gerektiğini belirtmiştir. Yenice-Esin, s. 217.

kiben dava açma süresi dolduktan sonra idarece bir cevap verilmesi durumunda süre yeniden işlemeye başlayacaktır? Bilindiği üzere 10. maddede dava açma süresi sonunda idarece verilen cevap, yeni bir dava açma süresi başlamaktaydı. Sorun buna imkan veren bir hükmün, 11. madde kapsamında yapılan müracaatla da uygulayıp uygulanmayacağıdır. Kanaatimizce buna engel bir durum yoktur. Dava açma süresi idarenin cevabından sonra kaldığı yerden tekrar işlemeye başlamalıdır. Danıştay ise (49), "... idari işlemlere karşı üst makama, üst makam yoksa aynı makama yapılacak itirazların 60 gün içinde cevaplandırılmaması halinde, itirazla durmuş olan dava süresi 60 günün bittiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlayacak olup; bu süre geçtikten sonra verilecek cevabın işlemeye başlamış olan dava süresine, başlangıç tarihi yönünden bir etkisi bulunmamaktadır" demek suretiyle farklı bir görüş bildirmiştir. Danıştay'a göre dava süresi sonunda idarece yazılı bildirimde bulunulması durumunda dava açma süresi ihya edilmiş olmaz. İdarenin sükutunu takiben bu sessizliğini bozarak yazılı bildirimde bulunulması halinde, 10. madde kapsamında yapılan müracaatta yeni bir süre başlarken, 11. madde de böyle bir uygulamamın olmaması, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlayacağı hükmünü içeren Anayasanın 125/3. maddesi hükmü karşısında çok anlamlı değildir (50). Unutulmamalıdır ki, idari davalarda sürenin yazılı bilirimle birlikte başlaması asıldır. Zımni redde karşı dava açma imkanının getirilmesi, yazılı bilirimde bulunmayan idareye karşı, ilgiliyi, yargı yoluna gitmeyi sağlamak suretiyle koruyan bir düzenlemedir. Öyleyse, zımni reddin sonra idarece yazılı bildirimde bulunulursa, dava açma süresi hem 10 hem de 11. madde kapsamındaki müracaatlarda yeniden işlemeye başlamalıdır. Bu durumda da 11. maddenin 3. fıkrası hükmü karşısında, idareye başvuru tarihine kadar geçmiş olan süre de hesaba katılır. Yani yazılı bildirimden sonra süre, kaldığı yerden tekrar işlemeye başlamalıdır (51). Birçok yazar ise (52), dava açma süresi sonunda idarece verilen cevabın süreyi yeniden başlatmayacağını ileri sürmüşlerdir.

Kanaatimizce idarenin dava açma süresi sonunda cevap vermesinin kendiliğinden veya yeni bir müracaat üzerine olması arasında bir farklılık yoktur. Zımni reddin sonra idareye yapılan yeni bir müracaatla birlikte idare ister ilk iş-

(49) D5D., 6.2.1992, E. 91/3142, K. 92/226, DD, sy. 86, s. 303. Aynı mahiyette karar için bk. D4D., 11.7.1985, E. 85/2569, K. 85/1931, DD, sy. 60-61, s. 208.

(50) Akmansu, M. Danıştayda İdari Dava Süresinin Durması ve Uygulama Şekli Üzerine Düşünceler, ABD, 1978, sy. 2, s. 267-268.

(51) Aral ise, idarenin cevabından itibaren yeni bir dava açma süresinin başlayacağını ve bu halde eski işlemiş bulunan dava açma süresinin hesaba katılmayacağı görüşündedir. Aral, K. Danıştay Muhakeme Usulü, Ankara 1965, s. 219.

(52) Öngören, s. 45; Yenice-Esin, s. 218; Karavelioğlu, s. 288; Candan, s. 38; Çırakman, s. 205.

lemin değiştirilmeyeceğini belirtmekle yetinsin, isterse yeni bir inceleme yapmak suretiyle bu sonuca ulaşsın, yazılı bildirimden itibaren dava açma süresi tekrar işlemeye başlamalıdır (53).

Ancak, idari işleme karşı 11. madde kapsamında yapılan müracaat, idare tarafından yazılı bir biçimde, açıkca reddedilmişse davanın kalan süre içerisinde açılması gerekir. Dava açma süresi geçirildikten sonra, idareye yapılan müracaatlara alınan cevaplar, yeni bir unsur taşıyan cevaplar dışında (54), yeni bir dava açma süresi kazandırmaz (55). İdareden alınacak olan cevapla sürenin yeniden başlayabilmesi zımni reddin sonra verilecek cevap için geçerlidir. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu durum, yazılı, açık red cevabına, susma suretiyle oluşan reddin daha fazla önem verilmesi, dava açma süresinin bu suretle başlamasının asıl olmasından kaynaklanmaktadır. İdare açıkca red cevabı vermişse, bundan sonra vereceği eski cevabını tekrarladığı cevabın yeni bir süre başlatması aynı mantıkla savunulamaz.

2. İdari İşleme Karşı Açılacak Tam Yargı Davalarında (Madde 12)

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesine göre, ilgililer haklarını ihlal eden bir idari işleme karşı, işlem tarihinden veya işlemin icrası sebebiyle bir zarar doğmuşsa icra tarihinden itibaren tam yargı davası açabilirler. Dava açmadan önce sözkonusu işlem sebebiyle uğranılan zararın tazmini maksadıyla da 11. madde kapsamında idareye müracaat edilebilir. İdareye müracaat edilmesi sonucunda, idarece zımni red süresi içinde kesin olmayan bir cevap verilmesi

- (53) İdareye yapılan ikinci müracaatın dava süresini yeniden durdurmayaacağı, bu yola ancak bir defa başvurulabileceği de belirtilmiştir. Bk. Yenice-Esin, s. 218; Gözübüyük, Dava Açma Süresi, s. 16.
- (54) İdare daha önceki işleminden tamamen farklı bir karar verirse dava açma süresi yeniden başlayacaktır. Bu sürenin yeni işlemeye başlayacağı ve eskiden işlemiş bulunan sürenin devamı olmadığı açıktır. İdare eski işlemini tekrarlamakla beraber, bu sonuca yeni bir inceleme sonucunda ulaşmışsa süre yeniden başlayacaktır. Özyörük bu konuda şöyle demektedir; "Ancak idare, dava süresi geçtiği için aleyhine dava açılmayan olumsuz karar üzerinde dumayarak, ilgilinin eski sebep, dayanak ve unsurlarla başvurması veya talebini yeni unsurlar katarak tekrarlaması halinde, yeniden bir inceleme yapar ve bilhassa yeni bir inceleme yaptığının delalet edecek olan yeni bir usul tatbikatında bulunur fakat genede eskisi gibi olumsuz bir sonuca ulaşırsa, bunu eski kararın teyid ve tekrarı saymak şüphesiz mümkün değildir. Zira netice her ne olursa olsun, yeni baştan bir irade izharı vaki olmuştur. Bu, yeni bir tasarruftur ve buna bağlı olarak da yeni bir dava açma süresinin işlemeye başlaması gerekir". Özyörük, M, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 221-222.
- (55) Danıştay bu konuya ilişkin kararında şöyle demektedir; "Bir yönetsel işlemin düzeltilmesi istemiyle evvelce yapılan ve olumsuz yanıt alınan başvuru üzerine dava açma yoluna gidilmeyen hallerde, aynı başvurunun yinelenmesi üzerine kendisine daha önce duyurulan işlemin değiştirilmeyeceği yolundaki yanıt, düşmüş olan dava açma hakkını yeniden doğurucu nitelik taşımaz". D4D., 28.9.1987, E. 87/4697, K. 87/2635, DD, sy. 70-71, s. 209; Aynı nitelikteki kararlar için bk. D10D., 10.10.1988, E. 88/1459, K. 88/1553, DD, sy. 74-75, s. 606; D8D., 10.5.1966, E. 65/2008, K. 66/1511, Esin, s. 458; D8D., 17.4.1974, E. 74/574, K. 74/2006, Esin, s. 458; D10D., 19.12.1985, E. 85/2641, K. 85/2189, Karavelioğlu, s. 288-289.

durumunda 10. maddede öngörülmüş bulunan çözümler uygulanabilecek midir?

11. madde konusunda söylenenler burada da geçerlidir. Yani 10. madde hükmünün yukarıda ifade edilen hükümleri 12. madde uyarınca açılacak tam yargı davaları hakkında da geçerlidir. Buna göre bir idari işleme karşı işlem tarihinden veya icra tarihinden itibaren 11. madde kapsamında idareye müracaat edilebilir. Bu durumda dava açma süresi duracaktır. Bundan sonra idarece 60 gün içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılacak ve dava açma süresi kaldığı yerden itibaren işlemeye başlayacaktır. Zımnî red süresi içinde idarece kesin olmayan cevap verilirse ilgili kesin cevabı bekleyebilir. Bu bekleme başvuru tarihinden itibaren 6 ay olacaktır. 6 ayın bitiminden sonra ise, süre kaldığı yerden itibaren işlemeye başlayacaktır.

İdarece zımnî red süresinden sonra kendiliğinden veya yeni bir müracaat üzerine cevap verilmesi halinde de dava açma süresi kaldığı yerden itibaren işlemeye başlar. İdarece açıkça bir red kararı verilmişse ve buna karşı dava açma süresi içinde dava açılmamışsa, tekraren yapılan müracaatlar üzerine alınan red kararları da yeni bir dava açma süresi vermez.

3. İdari Eylemlere Karşı Açılacak Tam Yargı Davalarında (Madde 13)

Bir idari eylemden dolayı hakları ihlal edilmiş olanlar, bu eylemlere karşı doğrudan dava açmayarak önce idareye müracaatla idarenin tavrını öğrenmek zorundadırlar. İdarenin 60 gün susması suretiyle veya açıkça talebi reddetmesi üzerine (ön karar) dava açma süresi başlayacaktır. İdareye başvuru tarihi eylemin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren 5 yıldır.

Yukarıda gerek 11 gerekse 12. maddelere ilişkin olarak yapılan yorumlar burada da geçerlidir. Yani ön karar için yapılan müacaata idare, 60 günlük süre içerisinde kesin olmayan bir cevap verdiğinde 10. madde ile getirilmiş bulunan 6 ay kesin cevabı bekleme imkanı burada da geçerlidir. 6 aylık sürenin bitiminden itibaren dava açma süresi başlar. 11 ve 12. maddelerde dava açma süresi, daha önce işleyen süre de dikkate alınarak hesaplanırken, 13. madde de süre ilk olarak işlemeye başlar. Çünkü burada henüz işlemeye başlayan bir süre mevcut değildir.

Önkarar için idareye müracaat edildiğinde idarece verilen cevaba karşı da 11. madde kapsamında müracaat mümkündür (56).

Önkarar süresinden sonra idarece bir cevap verilmesi durumunda da dava

açma süresi, cevap tarihinden itibaren işlemeye başlar (57). Söz konusu cevaba ilişkin olarak 11 ve 12. maddede yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

İdari makamların sükutu, zımni red müessesesi, 10, 11, 12 ve 13. maddelerde ifadesini bulmuştur. Ancak 10. maddeye nazaran diğerlerinde sadece altmış gün içerisinde cevap verilmezse isteğin reddedileceği belirtilmiştir. Oysa 10. madde, zımni redde ilişkin olarak son derece ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiş ve bu yönüyle de zımni redle ilgili genel hüküm niteliğini kazanmıştır (58). Dolayısıyla da zımni reddé ilişkin genel hüküm olan 10. maddenin, zımni redde bünyelerinde yer veren maddelerde de uygulanması gerekir. Kesin cevabı 6 ay bekleme ve bu süre içerisinde dava açma süresinin işlememesi ile zımni reddin sonra idarece verilen cevabın dava açma süresini yeniden başlatacağına ilişkin hükümler, diğer maddelerde de uygulanacak olan hükümlerdir.

SONUÇ

İdarenin yargısal denetimi, Hukuk devleti prensibinin en temel ve vazgeçilemez bir unsurudur. İdarenin tek yanlı, kanunilik karinesi gücüne sahip, icrai kararları, bağımsız yargı tarafından etkin şekilde denetlenebildiği sürece idare edilenler, daha doğru bir ifadeyle kamu hizmetinden yararlananlar (59), büyük bir güvenceye sahip olacaktır. Bununla birlikte unutmamak gerekir ki, bir hukuk devletinde bütün hukuka aykırı idari işlemlerin ortadan kaldırılması gerekir (60).

Anlaşılabileceği üzere Hukuk devletini gerçekten hayata geçirebilmek, idarenin yargısal denetimini etkin şekilde yapabilmeye bağlıdır. Bu ise, idari kararların, eylemlerin mümkün olan en kolay ve basit yoldan yargı önüne getirilebilmesini temin etmek suretiyle olabilir. Hem idari davayı açabilecek olan kişiler konusunda (61) hem de dava açma süresi konusunda mümkün olan ve kanunun elveddiği imkanlar içinde en esnek davranış benimsenmelidir.

Dava açma süresi, hukuk devleti prensibini dahi etkileyebilen böylesi önemli bir kavram olduğuna göre, bu esneklik yadırganmamalıdır. "İdari dava açma süresinin içeriği, İdari Yargılama Usulü Kanunumuzda tüm olasılıklarıyla

(57) Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, s. 363-364; Öngören, s. 98; Farklı görüş için bk. Yenice-Esin, s. 253. Aksi yönde Danıştay kararları da mevcuttur. D12D., 22.5.1975, E. 70/650, K. 75/1047, Öngören, s. 98.

(58) Sancar, s. 85.

(59) Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, s. 257.

(60) Azrak, A.Ü. İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 151.

(61) İdari davalarda subjektif ehliyet şartına ilişkin görüşler için bk. Sezginer-Özkan, s. 95-99.

ve ayrıntılarıyla yer aldığı için, artık bu içeriğin belirlediği nitelik konusundaki tartışmalar gereksiz kalmakta ve kıyaslama yoluyla genişletilmeye veya yorumlanmaya elverişli bulunmamaktadır" şeklindeki düşünceye (62) katılmak mümkün değildir. İncelememizde görüldüğü üzere, dava açma süresini düzenleyen maddelerde birçok boşluklar mevcuttur. Bu boşluklarında davacı lehine yorumlanmasında hiçbir sakınca yoktur. Elbetteki bu genişletme ancak kanunun öngördüğü çerçevede olacaktır. Yoksa, dava açma süresini kanundaki düzenlemeye rağmen yok farzetmek ve sonsuz bir zaman dilimine yaymakta mümkün değildir. Kanunun hukuk uygulamasında en temel kaynak olduğu ve buna rağmen birşeyler yapılmasının da kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olacağı unutulmamalıdır.

(62) Öngören, s. 135.

DAVRANIŞ NORMLARI TEORİSİ (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)

Dr. İur İzzet ÖZGENÇ

I

İnsanı diğer canlılardan ayıran tabii özellik, onun şahsiyet sahibi oluşudur. Şahsiyet, insanın kendi varlığının şuurunda olmasını ve yine, idrak ve iradesiyle fiillerine hakim olmasını ifade etmektedir 1. Kendi varlığının şuurunda olan insan, çevresinde cereyan eden hadiseleri, vakıaları, olguları müşahede etme kabiliyetine sahiptir. Bu kabiliyeti sayesinde insan, bu olguları maddî yönü itibarıyla müşahede edip, bunlardan belli sonuçlar çıkarabilmekte, belli yargılara varabilmektedir. 2. İnsan, çıkardığı bu sonuçlar, vardığı bu yargılar ışığında prensip olarak - davranışlarını serbestçe tayin etme hürriyetine sahiptir. İnsanın bu davranışlarına hakim olabilme kabiliyeti, haricî (iklim, sosyal çevre vs.) ve dahili (sevki tabiiyetler, dürtüler) etkilere maruzdur. Bu nedenle, insanın irade (davranışlarına hakim olabilme) kabiliyeti, statik olmayıp; her müşahhas hadisede harici ve dahili faktörlerden etkileşim, az veya çok, önemli veya önemsiz derecede, mutlaka mevcuttur 3. İnsan davranışında bazı illî faktörlerin etkili olması, insanın irade hürriyetini inkâr eden *determinist* anlayışa haklılık kazandırmaz. İnsan, yaratılmışlık vasfı dolayısıyla, evrene hakim olan varlık düzeni karşısında tam bir "otonom" (=muhtar) olarak değil; "heteronon" bir varlık olarak telâkki edilmelidir. Yani, insanın davranış hürriyeti, bu sözünü ettiğimiz varlıklar alemine hakim olan düzen karşısında nisbî bir hürriyettir.4 Bu nedenledir ki; insanın irade hürriyetinin kabulü, hayatının akışında kendisine yönelik hiçbir kuralın konulamayacağı şeklinde bir sonuca, yani mutlak bir otonomluk anlayışına bizi götürmemelidir.5

1) KAUFMANN, Arthur: Das Schuldprinzip, Heidelberg, 1961, sh. 116 vd.; aynı yazar: Recht und Sittlichkeit, Tübingen, 1964, sh. 11/12.

2) DREHER, Eduard: Die Willensfreiheit, München, 1987, sh. 380.

3) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 116 vd.; DREHER, 395 vd. Ayrıca bkz. GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara, 1985, sh. 110 vd.

4) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 122/123.

5) Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 21/22.

İnsanın varoluş amacı, şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirmektir (=freie Entfaltung derPersönlichkeit) 6. Toplumun bir örgütlenmiş şekli olan devletin amacı, insana kendi şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirme imkânları sağlamaktır.7

İnsanın şahsiyetini tekâmül ettirmesi, muhatabı olduğu davranış normlarına uygun bir şekilde hayatını yönlendirmesiyle mümkündür.8. Dolayısıyla, bu tekâmül, keyfi ve tesüdüfî bir şekilde değil; her insan için ancak şuurlu bir şekilde icra edilecek bir görevdir, bir yükümlülüktür. İnsanın sahip olduğu bütün değerler, ancak bu tekâmül hedefine uygun bir şekilde kullanıldığı takdirde bir anlam ifade edeceklerdir.

İnsan için tekâmül sürecine girmenin bir görev, bir yükümlülük olduğundan bahsettik. Bu yükümlülüğün kaynağını, insanın tarih ötesi bir dönemde verdiği sadakat sözü (=mîsâk, ahid) oluşturmaktadır.9. Bu söz gereğince insan, tekâmül sürecine girme ve tekâmülün gereklerine riayet etme yükümlülüğü altına girmiştir.

İnsanın kendi şahsiyetini tekâmül ettirmesi, kendi ihtiyarında olan bir husustur. Yani insan, tekâmül yoluna girip girmeme konusunda irade serbestisine sahiptir. İnsan, yaratılışı gereği, bu tekâmül sürecine girebilecek ve bu süreci başarıyla tamamlayabilecek maddî ve manevî donanıma sahiptir.

İnsanın sahip olduğu bu serbesti dolayısıyla; insan bu yükümlülüğüne uygun hareket etmeye zorlanamaz, bu doğrultuda zora, cebre, dayatmaya maruz bırakılamaz. Dolayısıyla; insanın tekâmül yolunu seçme doğrultusundaki yükümlülüğü, bir "ahlâkî yükümlülük"tür.

II

Davranış normları, insanın tekâmül sürecinde hayatının akışı içinde davranışlarını yaratılış amacına uygun bir şekilde yönlendirebilmesi için vaz edilmiş, konulmuş kaideler bütünüdür. Davranış normları, insan şahsiyetinin tekâmülünü sağlayacak ölçüt, numune örnek davranışları tayin etmektedirler. (düstur-ul-amel). Bu normların esasını, olması gereken insan davranışları, belli bir gayeye matuf (=gaf, final, ereksel) filler oluşturmaktadırlar 10.

6) Max SCHELER'den naklen Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 12.

7) Bkz. 1982 Anayasası, "Başlangıç" bölümü, ayrıca mad. 5 (: "insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi"); keza, 1948 Alman Anayasası, mad. 2,f.1.

8) Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 21/22.

9) CORBIN, Henry: İslam Felsefesi Tarihi (Başlangıçtan İbn. Rüşd'ün Ölümüne Kadar 1198), (Tercüme: Hüseyin Hatemi), İstanbul, 1986, sh. 21.

10) KAUFMANN, Armin: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954 (erweiterter Nachdruck der 1. Auflage: Göttingen, 1988), sh. 71 vd., 102,107,125,282,284.

Davranış normları, hukuk devletinin müdahalesinden bağımsız bir mevcudiyete, devletin varlığına öngelen bir yapıya sahiptirler 11. Bu normlar, özel bir bilgi tarzı ile kavranabilirler. Bu özel bilgi, hikmet bilgisidir, filozofidir, felsefedir. Bu bilgi ile ilmî bilgi arasında birtakım farklılıklar mevcuttur 12.

Bir devlete **Hukuk Devleti, Adalet Devleti** vasfını kazandıran husus, bu davranış normlarını esas alan mevzuatı (Anayasa, Kanun vs.) hayata geçirmesidir 13 Bu anlamda davranış normları, pozitif (mevzu) hukuk için bir "örnek" teşkil etmektedir, bir başka ifadeyle, "pozitif hukukun bir esin (ilham) kaynağı rolünü oynama"ktadırlar 14. Hukuk toplumuna hayatiyet kazandıran değerlerin dayanağını, bu normlar oluşturmaktadır.

Davranış normlarının kaynağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüş davranış normlarının kaynağının buyuranının mevcut olmadığını iddia etmektedir. 15. Bir diğer görüş ise, belli fiillerin Ceza Kanunlarında suç olarak tarif edilmesinden sonra, bu fiillerin mefhum-u muhalifini buyuran bir kaynağın mevcudiyetini araştırmanın gereksiz olduğunu iddia etmektedir 16. Alman Hukukunda bazı ceza hukukçuları, bu normları "on emr"'e (=Dekalog) dayandırmaktadırlar 17. bir kısım Alman hukukçuları ise, hukukî değerlerin ve bunların esasını teşkil eden davranış normlarının kaynağını **Hıristiyan değer telâkkisinin, Hıristiyan etiğinin teşkil ettiğini savunmaktadırlar** 18.

11) ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul, 1964, sh. 29

12) Bu farklılıkları şu şekilde özetleyebiliriz:

İlim, idrak aleminin haricen kavranmasına ilişkin bilgiyi ifade etmektedir. Yani, ilim, gerçeği olduğu gibi kabul eder ve onun halihazırdaki görünüş biçimiyle yetinir. Buna karşılık; hikmet (=felsefi, felsefe) ise, hadiselerin, fiil ve hareketlerin, realitenin derunen, manen kavranmasını, anlaşılmasını sağlayan bilgidir (ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Metodolojisi Derleri, 3. bası, İstanbul, 1962, sh. 2 vd.) İlimin görevi, belli bir metod dahilinde hadiseler hakkında bilgi edinmektir. buna karşılık; hikmetin görevi ise, eşyanın hakikatını, hakiki mahiyetini ve derunî insicamını kavramak ve izah etmektir. Bir başka ifadeyle; evreni bir bütün olarak kavrama uğruna sarfedilen bir gayrettir. (ÇAĞIL, 7,15)

İlim ve hikmet (=felsefe), birbirini tamamlayan iki bilgi tarzıdır. Bu iki bilgi tarzından hiçbirini diğerinden vazgeçemez. (ÇAĞIL, 3,16/17). Felsefesiz ilim, kuru bir bilgidir; ilimsiz felsefe de, çelişkiler ve yanlışlarla iştigalden başka bir şey değildir.

İlim ve hikmet bilgisine insanların vukufiyeti nisbidir.. Bu nisbilik, içinde yaşanılan sosyal çevre, kültür ortamı ve hatta şahıs itibarıyla.

13) Aynı mealde MUMCU, Ahmet: İnsan Hakları, Kamu Özgürlükleri, Ankara, 1992, sh. 7; ÇAĞIL, 99 vd.; BENDA, Ernst: Die Menschenwürde, in: Benda/ Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin-New York, 1983, sh. 108.

14) ARAL, Vecdi: Hukuk ve Hukuk bilimi Üzerine, 6.bası, İstanbul, 1991, sh. 46.

15) KEUTH, Hans Herbert: Zur Logik der Nomen, Berlin, 1972, sh. 25.

16) KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1960, sh. 56.

17) Messlâ Bkz. BOCKELMANN, Paul: Wom Sinn der Strafe, in: Heidelberg Jahrbücher, Band V, Heidelberg, 1961, sh. 26; Binding'in aynı mealde görüşü için bkz. arm, KAUFMANN, Normentheorie, 7.

18) Bkz. DÜRIG, Günter: Mauntz/ Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Lieferung I bis 29, München, 1991, sh. 9 dn.2

Kanaatimizce, her hukuk kuralının temelinde bir **değer** yatmaktadır. Bu değerler ve dolayısıyla bu değerleri koruyucu davranış normları, yazılı olsun yazısız olsun, **İlâhî Risalet**e dayanmaktadırlar 19. Hangi kültür ortamında olunursa olunsun, hangi dünya görüşü benimsenirse benimsensin, bütün insanlık için müşterek olan değerlerin ve bunların dayanağını teşkil eden davranış normlarının varlığını, **İlâhî Mesaj** a müracaat etmeden açıklamak mümkün değildir.20. Davranış normlarının yegane özelliği, **fitrî** oluşlarıdır. Yani, bu normların icabları hiçbir zaman insanın fitratıyla, tabiatıyla çelişki arzemezler 21. Bu itibarla, hangi kültür ortamında yaşanırsa yaşansın, hangi dünya görüşü benimsenirse benimsensin, sözkonusu davranış normlarının muhtevasının-hiç olmazsa ana-hatlarıyla-belirlenmesinde bütün insanlık fikir birliği içindedir. 22.

Davranış normlarının muhatabı, **insandır** 23. Kusur ehliyetine sahip olup

- 19) **Çağrı**, bu normların "ideel bir merciden" kaynaklandıklarını söylemektedir. (sh. 108, 110). Keza, Ateş'in şu ifadeleri, mes'elenin kavranması açısından yol göstericidir: "Reşit bir insan olarak fert, insanlarüstü düzenlenmiş bir kuvvetin yönetiminde mevcuttur. Özgürlüğü, belirli bir değerler sistemi içerisindeki seçimden ibarettir" (ATEŞ, Toktamış: Demokrasi, kavram, Tanhî Süreç, İlkeler-, 3. bası, Ankara, 1994, sh.26.).
- 20) Aynı mealde görüşler için bkz. DÜRIG, Günter: Mauntz/ Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Lieferung I bis 29, München, 1991, sh. 9, dn. 2; BOCKELMANN, Paul: Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher, Band V, Heidelberg, 1961, sh. 26; BENDA, 107.
- 21) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 122, 127.
- 22) Pozitif (mevzu') hukuka öngelen ve bütün insanlar için geçerli telâkki edilen prensiplerden oluşan bir hukuk nizamının mevcudiyeti (=tabii hukuk), felsefe tarihinde sürekli savunulagelen bir husustur. Bu hukuk nizamının "insanların zihinlerinde ve vicdanlarında yaşayan bir hukuk" olduğundan söz edilmektedir. (MUMCU, 5). Bu hukuk nizamının ilkeleri, "insanın doğasına, evrensel ahlâk kurallarına ve akıl ile vicdanına uygun"luk arzettektedirler (MUMCU, 6). Genellikle (!) doğru teşhis edilmiş olan bu "evrensel hukuk ilkeleri"nin, bu "evrensel ahlâk kuralları"nın tek kaynağı **İlâhî Risalettir**. Bir başka ifadeyle bu genel ilkeler, İlâhî Mesajda yer alan davranış normlarından çıkarılarak formüle edilmişlerdir. Sakularist dünya görüşüne mensup düşünürler, bu evrensel değerlerin ve onların dayanağını teşkil eden normların kaynağının "akıl" olduğunu iddia etmektedirler. Bilinmesi gerekir ki; aklın nesnesi yoktur; akletmek şahsiyet sahibi insanın idrak kabiliyetiyle alâkalı bir fonksiyondur. Dolayısıyla, akıl, bir bilginin kaynağı olamaz. Akletmek, insanın kendi varlığının şuurunda olarak çevresindeki vakıaları, olguları müşahede edebilme ve bu müşahedesinden belli sonuçlar çıkarabilme, belli yargılara varabilme kabiliyetidir. Bir başka ifadeyle; akletme, belli verilerden insanın belli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir. Bu fonksiyonun insan tarafından doğru veya yanlış bir şekilde icra edilmesi mümkündür. Bu izahatımız karşısında; insan, yaşadığı tabii ve sosyal çevredeki ilişkileri müşahede ederek; aslında kendi fitratına uygun olan, kendi yaratılışına hakim tabii özelliklere uygun olan bazı kuralları, prensipleri doğru bir şekilde tesbit edebilir. Fakat, bu vakıa, tesbit edilen kuralların, prensiplerin kaynağının akıl olduğu şeklinde yorumlanamaz (Aksi fikir: ARAL, 16. Akıl ve idrak kavramları hakkında bilgi için bkz. KAUFMANN, Arthur: Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Auflage, Heidelberg, 1992, sh. 14 vd.)
- 23) ÖZGENÇ, İzzet: Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü, in: Facultatis Decima anniversaria (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye Ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu), İstanbul, 1993, sh. 252; Am. KAUFMANN, Normentheorie, 105.

olmadığına bakılmaksızın, herkes bu normların muhatabıdır. Hatta, özel bir yükümlülüğün kaynağını teşkil eden davranış normları açısından da, nitelik, sıfat farkı gözetilmeksizin, bütün insanlar muhatab olarak telâkki edilmektedirler. Toplumun bütün fertlerini muhatap (=adressat) telâkki eden bu normlara uygun bir davranış, doğru olan hakk (=Recht) olan bir davranıştır; bir başka ifadeyle, hukuka ve evleviyetle ahlaka uygun bir davranıştır. Dolayısıyla, bu davranış, müsbet anlamda bir değer, kıymet (=Wert) ifade etmektedir.

Bu normların ilk icra ettiği fonksiyon; icraî olsun, ihmalî olsun, insanın belli fiillerinin ahlâken ve hukuken tasvip edilemez olduğu hususunda bir yargıyı ifade etmeleridir. Yani, bu normlar, belli davranış biçimleri hakkında bir *değersizlik yargısının* (veya *menfi, olumsuz anlamda bir değer yargısının*) (=Unwerturteil) oluşumunu sağlamaktadırlar. Bu normlar, kişilerin belli davranışlarının muhteva itibarıyla doğru olmadıklarının, bir **haksızlık** (=Unrecht, (gerçeği, hakkı örtme anlamında) **zulm** teşkil ettiklerinin tesbitinin sağlarlar. Dolayısıyla, davranış normları, toplumda değer telâkkilerinin oluşumunu sağlamaktadırlar. Bir davranışın bu normlardan birini ihlâl etmesi, bu davranışa haksızlık muhtevasını kazandıracaktır. Bir fiilin kanunla suç (veya, genel bir ifadeyle, haksızlık) olarak tarifine takaddüm eden sözkonusu normlar sayesinde bu fiilin de-

24) ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 252; Arn. KAUFMANN, Normentheorie, 125, 138, 164, 281; BLAUTH, Peter: "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, Heidelberg, 1968, sh. 33,69; LENCHNER, Theodor: Der rechtfertigende Notstand zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962) Tübingen, 1965, sh. 34, dn. 104; MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz: Stafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1989, sh. 104/105.

25) ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 252; Arn. KAUFMANN, Normentheorie, 133 vd.; ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Auflage, Hamburg-Berlin-New York, sh. 354. Aksi fikir BLAUTH, 60-63. Ancak, herkesi davranış normlarının muhatabı olarak kabul etmekle beraber, bazı davranış normlarında, belli vasıfları haiz kişiler (=intraneus) aslı muhatab olarak belirlenmişlerdir. Buna göre, gerçeği, doğruyu söyleme yükümlülüğü, ancak bir vakıa hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan ve bir hukukî ihtilâfin halî dolayısıyla şahitlik yapan kişinin aslı muhatap olduğu bir yükümlülüktür. Keza, velâyet görevi veya kamu görevi gibi bir görevin gereklerine göre hareket edilmesi gerektiği hususundaki yükümlülük, ancak bu görevlerin kendilerine tahmil edildiği kişilerin aslı muhatab olduğu yükümlülüktür. Aynı şekilde, meselâ vergi vermek gibi malî yükümlülükler, ancak belli bir miktar malvarlığına sahip kişinin aslı muhatab olduğu yükümlülüklerdir.

Her ne kadar bu özel yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden davranış normlarının aslı muhatabı belli vasıfları haiz kişiler iseler de; bu normların ihtiva ettiği emir veya yasaklara riayet edilmesi, toplumdaki hukuk güvenliğinin temini açısından, herkesi alâkadar eden bir husustur. Dolayısıyla, bu özel yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından haricî kişilerin (=extameus) tamamen ilgisiz oldukları söylenemez. Haricî kişiler özel faillik vasfını haiz olmasalar bile, yine de ilgili davranış normunun **tafi muhatabıdır**. Yani, haricî kişiler, en azından özel faillik vasfını haiz kişinin bu özel yükümlülüğüne aykırı davranışına katkıda bulunmama yükümlülüğü altındadır.

26) UCHIYAMA, Minoru: Das Wertwidrige in der Ethik Max Schelers, Bonn, 1966, sh. 53 vd.

27) UCHIYAMA, 63 vd.

ğerlendirilmesini yapmak kabil olacaktır: *Davranış normunun değerlendirme fonksiyonu* (=Bewertungsfunktion der Norm) 28, 29.

Fakat, davranış normlarının fonksiyonu, insanın belli davranışları hakkındaki değer yargısından ibaret değildir. Bu normlar, insanlara belli davranışlardan kaçınmayı (yasaklayıcı norm [=Verbotsnorm]) veya belirli olumlu davranışlarda, icraf davranışlarda bulunmayı (emredici norm [=Gebotsnorm]) buyurmaktadırlar: *Davranış normunun buyurucu karakteri* (=Befehlscharakter der Norm).

Davranış normları, aynı zamanda, pozitif hukuk düzenlemelerinin adalete uygunluğu açısından, adil olup olmadıkları noktasında denetlenmesi ve değerlendirilmesi imkânını sağlamaktadırlar 30.

Davranış normları, emredici ve yasaklayıcı normlar olmak üzere, ikiye ayrılırlar.

Emredici normlar, belli bir doğrultuda davranma yükümlülüğünün dayanağını teşkil ederler. Belli bir miktar malvarlığına sahip kişiye tahmil edilen, meselâ vergi vermek gibi, malî yükümlülükler, bir vakıa hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan kişinin bir hukukî ihtilâfın halli dolayısıyla şahitlik yapması halinde gerçeği, doğruyu söyleme yükümlülüğü, velâyet görevi veya kamu görevi gibi bir görevi icra eden kişinin bu görevin gereklerine göre hareket etmesi gerektiği hususundaki yükümlülüğü, kaynağını emredici normlardan almaktadırlar.

Yasaklayıcı normlar ise, belli bir davranışta bulunmama yükümlülüğünün dayanağını teşkil ederler. Bu Normlar, meselâ bir başkasının şahsiyetine, hay-siyetine, şerefine tecavüz etmeme, haksız yere bir başkasını öldürmeme, bir başkasının vücut bütünlüğüne, bir başkasının malvarlığına tecavüz etmeme doğrultusundaki yükümlülükler kaynağı teşkil etmektedirler.

Davranış normları, bir **gereklilik** (=Sollen, vücubiyet), bir **yükümlülük** (=Pflicht, mükelelfiyet) ifade etmektedirler. İnsanın davranışlarını serbestçe tayin etme hürriyetine sahip olduğu mantığına dayanan bu normlar, insan aç-

28) Am, KAUFMANN, Normentheorie, 67; ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 251. Ayrıca bkz. ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964, sh. 4,6; HAFIZOĞLULLARI, Zeki: Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987, sh. 25, 141 vd.; ARAL, 57.

29) Davranış Normlarının değerlendirme fonksiyonu dolayısıyla, değerlendirmeyi gerekli kılan hukukî kavramlara "normatif" kavramlar denmekte, veya kavramın "normatif" özelliğinden bahsedilmektedir (ÇOBANOĞLU, 6-8)

30) ARAL, 46.

sından bir *mecburiyet* (=Müssen) teşkil etmezler 31. Şahsiyet sahibi olan insanın bu kişiliğini geliştirmesi, hayatını ancak bu Davranış Normlarına uygun bir şekilde yönlendirmesiyle mümkündür. Yukarıda izah ettiğimiz vechile; insan şahsiyetinin bu tekâmülü, insan açısından bir görevdir. Hayatını bu davranış normlarına göre yönlendirmenin insan açısından bir mecburiyet değil, bir gereklilik teşkil etmesinin tabii sonucu olarak; sözkonusu davranış normlarına aykırılık yönündeki bir tercih, insan açısından sorumluluğu (=Verantwortung, mes'uliyet) gerekli kılan bir husustur 32. İnsanın bu normlardan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde sorumluluğu sözkonusudur. Çünkü, insanı bu yükümlülüklerine uygun hareket etme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen; iradesini, tercihini aykırı hareket etme yönünde kullanmıştır ve bu nedenle sorumlu olması gerekir.

III

Bu açıklamalarımız karşısında; bizim kanaatimize göre, gerek ahlâkın gerek hukukun müşterek bir kaynağı mevcuttur 33. bu da, davranış normlarıdır ve dolayısıyla, ilâhi Risalettir. Ahlâk ve hukukun kuralları böylece müşterek bir zemine sahip bulunmaktadır 34. Bu itibarla, hukuki olan bir davranış, aynı zamanda ahlâkîdir; ahlâka aykırı bir davranış hiçbir zaman hukukî koruma altına alınamaz 35.

- 31) ÇOBANOĞLU, 4/5. Bazı yazarlar, hukukun "cebrî"lik vasfından bahsetmektedirler (GÜRİZ, 75 vd.; ÇAĞIL, 93, 98/99, 103 vd.; ARAL, 66 vd.) Ancak, bununla kastedilen, hukukun esasını teşkil eden davranış normlarına uygun davranılmasının bir mecburiyet teşkil ettiği değildir. Nitekim, ÇAĞIL, açıklamalarına devamlı, bu normlara uygun davranma açısından "*vücubiyet*" (=gereklilik) kavramını kullanmaktadır (sh. 109). Hukukta "cebrî"likten bahsedilirken, normlara aykırılık halinde uygulanması öngörülen müeyyidenin tatbiki ile sınırlı bir açıklamada bulunulmaktadır.
- 32) Sorumluluk, ancak Davranış Normlarına aykırılıktan, yani Hukuka aykırı bir fiilden dolayı sözkonusudur. Bu itibarla, hangi gerekçeyle olursa olsun, Hukuka uygun bir fiilden dolayı sorumluluktan bahsedilemez. Aksi fikir için bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Dersleri, cilt II, İstanbul, 1991, sh. 1,3, özellikle 7/8.
- 33) Art. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 34. Aksi fikir bkz. DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN,Sair: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, cilt I, 9. bası, İstanbul, 1985, no. 225.
- 34) "Tabii hukukun yasakları, aynı zamanda ahlâkın da yasaklarıdır" (HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, sh. 33, dn. 7.
- 35) HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, 33. *Aral*, bir taraftan "ahlâk, bireyin kendi vicdanının ahlak alanında bir iç kanun koymadan... sözedilir. Ahlâk normlarının, onları koyan bireyin vicdan ve zihniyetinden başka bir kanun koyucusu yoktur" derken (sh. 74); diğer taraftan ahlâkın "*birey üstü objektif değerler düzenine* ilişkin" olduğundan bahsetmektedir (aynı sahife). Ahlâk normlarının kaynağı konusunda bir çelişkiyi ifade eden bu açıklamaların yanısıra; *Aral*, hukukta ahlâk arasındaki farkı ortaya koymaya çalışırken, "kanuna (hukuka) uygunluk (legalite) ile ahlâka uygunluğun (moralite'nin) birbirinden ayrı olduğu sonucuna" varmaktadır. *Aral'a göre*; hukuka uygun bulunan bir fiilin zorunlu olarak ahlâka da uygun bulunması gerekmez" (sh. 72). Keza, *Aral*, "hukukta sorumlu olunan makamın dışta, ahlâkta da ise içte bulun"duğundan bahsetmektedir (sh. 75). "Hukukun idesi ve idealinin adalet olmasına karşılık ahlâkın amacı(nin), ideali(nin) iyi'yi (hayrı) gerçekleştirmek" olduğunu söyleyen *Aral'a göre*; "adalet ile iyi arasındaki ayrımı da, adaletin toplumsal bir değer olmasında, onun doğru, herkesi hoşnut eden, yetkin bir toplumsal düzeni deyimlemesinde, buna karşılık, ahlâkın ideali olan iyi'nin ise, tek tek insanla, onun yetkinliği ile ilgili bir değer oluşunda gösterilir" (sh. 77). Fakat, yazar, aynı eserde doğru olarak şu tespitlerde bulunmaktadır:..... "adalet de iyidir, iyi bir şeydir ve bu yüzden aynı zamanda ahlâkî bir kavramdır..... adaletin gerektirdiği toplumsal yaşam, kişisel yaşamın bir yanındır ve bu yan, temelinde ahlâk normlarına tabidir" (sh. 81).

Bu müşterek zemine karşılık; ahlâkla hukuk arasında bir farklılık mevcuttur. Sözüünü ettiğimiz davranış normlarına aykırı her davranış, ahlâka aykırılık arzeder ve dolayısıyla, "ahlâkî sorumlulu"ğu gerektirir. Hukukun alanı ise, bu davranış normlarına aykırılığın hukuk toplumu, bu toplumda hakim olan düzeni bozucu bir boyuta ulaştığı anda başlamaktadır. Meselâ mücerret yalan, doğru sözlülüğü emreden davranış normlarına 36 ve dolayısıyla, ahlâka aykırı bir davranıştır. Ancak, yalanın bir başkasının hukukunu etkileyici bir sonuç icra edebileceği durumlarda, hukukun meseleye müdahale alanı başlamaktadır. Yani, çeşitli yalan beyan tarzları itibarıyla, iftira, suç tasnii, yalan şahitlik, hile, sahtekârlık ve dolandırıcılık bir haksızlıkların gerçekleşmesi halinde, hukukun müdahale edebileceği bir norma aykırılık mevcut olacaktır 37.

Keza, davranış normlarıyla yasaklanmış bulunan bir cinsî ilişki biçimi, dokunulmaz, mahrem bir alan içerisinde, kişilerin özel hayatı çerçevesinde cereyan ettiği sürece, hukuken müdahale edilemeyen ahlâka aykırı bir davranıştır. Ancak, bu aykırı davranış biçiminin özel hayatın çerçevesi dışına, dokunulmaz, mahrem alanın dışına taşması halinde, bir başka ifadeyle, aleniyet kesbetmesi halinde, hukuken müdahale etme imkân doğacaktır 38.

Demek ki hukukla ahlâk arasında sıkı bir münasebet mevcuttur 39. İlahî Risaletin ihtiva ettiği davranış normları bütünüünü "güzel ahlâk'lılık olarak tavsif edebilirsek; mevzu' (pozitif) hukuk, bu ahlâkî yükümlülüklerin yerine getirilmesine insanı *meçbur* eden bir araç olarak değil; bunların yerine getirilmesini insana *mümkün* kılan bir araç olarak anlaşılacaktır. Böylece, hukukun amacı ahlâkî bir temele oturtulmuş olmaktadır: Hukuk insan şahsiyetinin serbestçe tekâmülünü mümkün kılacak, bunun şartlarını teminat altına alacaktır 40. Netice olarak , hukukla ahlâk arasında hiçbir zaman bir çelişkinin mevcudiyetinden bahsedilemez 41, 42.

36) Bkz. KUR'AN: 6 (En'am)/ 152; 22 (Hacc)/30; 33 (Ahzab) / 70; ayrıca, 25 (Furkan)/72.

37) Bu hususta bkz. ERMAN, Sahir: Sahtekârlık Suçları, 4. bası, İstanbul, 1981, no. 2 vd.

38) Hukukla ahlâk arasındaki müştereklik hakkında bkz. Arth. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 28 vd. HATEMİ, Doçentlik Tezinde "Hukuk, asgarî bir ahlâkîlik istemektir" derken ve hukuk ile ahlâk arasındaki farkı müeyyideye indirirken (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, 27); bizimle aynı hareket noktasını benimsemiş bulunmaktadır.

39) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 17.

40) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 17/18.

41) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 28 vd. 31 vd. Hukukla ahlâk ilişkisi açısından ayrıca bkz. HATEMİ, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*, sh. 34, dn. 8.

42) Ahlâkın ölçütlerinin, yaşanılan kültür ortamına göre, bir başka ifadeyle, yere ve zamana göre değişkenlik arzedeceği hususundaki görüş (DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku, Özel Kısım, Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. bası, İstanbul, 1983, no. 183), kanaatimizce, isabetli değildir.

IV

İnsan, davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışta bulunması halinde, **sorumlu** (= "mes'ul) olacaktır. Yani, insana bu yükümlülüklerine neden aykırı hareket ettiği sorulacaktır (= "sual edilecektir"). Bu durum karşısında; *sorumluluğun* mutlaka *bir mercie karşı olması* gerekir. Kişinin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde sorumluluk, öncelikle ve her halde bu davranış normlarının buyuranına karşı olacaktır. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, davranış normlarına bazı aykırılık hallerinde bir diğer insanın hukuku ihlâl edilmemiş olabilir. Davranış normlarına bu gibi aykırılık halleri, pozitif (mevzu) hukukun düzenleme alanı dışında tutulmaktadır. Bu gibi hallerde sadece "**ahlâkî sorumluluk**" mevcuttur. Yani, sadece davranış normunun buyuranına karşı sorumluluk sözkonusudur.

Davranış normlarına aykırılık bir insanın hukukunu ihlâl ediyorsa; sorumluluk, *aynu zamanda* bu kişiye karşı olacaktır: Genel anlamda "*hukuki sorumluluk*." Bu sorumluluk, belli bir kişinin hukukunun ihlâl edilmesi dolayısıyla, *bu kişiye karşı olabileceği gibi (özel hukuk sorumluluğu)*; davranış normundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâlinin hukuk toplumundaki düzeni ciddi bir tehlikeye maruz bıraktığı hallerde (meselâ adam öldürme , hırsızlık vs.), *toplumun bütünü fertlerine karşı* da sözkonusu olacaktır. (**kamu hukuku sorumluluğu**).

Belirtmek gerekir ki; **aslı sorumluluk**, davranış normunun buyuranına karşı olan sorumluluktur. Davranış normuna aykırılık halinde kişinin hukuken sorumlu tutulması, bu aslı sorumluluğu izale etmeyecektir.

V

Davranış normlarıyla insana tahmil edilen yükümlülüklere aykırı bir davranış, yani bir haksızlık, gerçekleştiği zaman; bu haksızlığı artık gerçekleşmemiş hale irca etmek mümkün değildir. Ancak, bu yükümlülüklere aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında, hukuk düzenini idamesi amacıyla, bazı **müeyyideler** tatbik etmek gerekir. Bu itibarla, müeyyide, insanın muhatap olduğu davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışının gerekli kıldığı hukukî denge bozulmuştur. Müeyyide tatbikiyle güdülen genel amaç, bu dengenin yeniden tesis edilmesidir. Her bir muşahas hadiseye ilişkin olarak müeyyide tatbiki suretiyle toplumu oluşturan fertler nezdinde *şerr* (=Böse, kötülük) karşısında *hayrın* (=Gute, iyilik), *haksızlık* (=Unrecht, Zulm) karşısında *hakkın* (=Recht) mutlak üstünlüğü, mutlak mu-teberiyeti bir defa daha pekiştirilmektedir 43.

43) PAPA XII. PIUS'un 3 Ekim 1952 tarihinde Roma'da tertiplenen VI. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde yaptığı konuşma, in: JZ 1953, sh. 771 vd.

Kişiler davranış normlarına uygun davranma doğrultusunda bir mecburiyet ile karşı karşıya değil iseler de; bir başkasının sahip olduğu değerleri, bir başkasının hukukunu korumaya matuf davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranış halinde; bu aykırı davranışın hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmaya veya en azından azaltmaya matuf müeyyidelerin tatbik edilmesi açısından bir **mecburiyet** sözkonusudur. Bu nedendir ki; hukukun "cebrî"lik vasfından söz edilmektedir 44. Bir başka ifadeyle; hukuka uygun davranmak mecburiyetinde olmayan (!) insan; hukuka aykırı davranması halinde, bu aykırılığın sonucu olan müeyyidelere katlanmak mecburiyetindedir.

Genel hatlarıyla müeyyideyi iki kısma ayırabiliriz. Birinci kısımda mütalâa edeceğimiz müeyyide, bir *haksızlığa maruz kalan kişinin* (=Mağdur, haksızlık dolayısıyla kadre uğrayan kişi, Opfer), bu *mağduriyetini gidermeyi amaçlamaktadır*.

Haksızlığa uğrayan kişini bu mağduriyetini giderme de iki şekilde mümkündür.

Önce, davranış normuyla kişiye tahmil edilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde; müeyyide olarak kişi bu yükümlülüğüne uygun hareket etmeye mecbur edilebilir. Birbaşkasıyla akdî ilişkiye giren kişi, bu akitle kendisine tahmil edilen yükümlülüklerini, ahde vefa ilkesine aykırı olarak, yerine getirmemesi halinde, hukuken bu yükümlülüklerine uygun hareket etmeye mecbur edilebilir: **Aynen ifa**. Meselâ kira ilişkisinde kiracı, kira bedelini öngörülen zamanda veya miktarda ödememesi halinde, bu bedeli ödemeye mecbur edilebilir.

Aynen ifanın mümkün olmadığı durumlarda, meselâ haksız fiil karşısında öngörülen **tazminat** sorumluluğu da, bu tür bir müeyyidedir. Bu tür bir müeyyide ile güdülen yegane amaç, haksızlığa uğrayan kişinin bu mağduriyetini gidermektir; bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerini mümkün olduğunca telafi etmektir. Bu tür müeyyidenin haksızlığı gerçekleştiren üzerinde bir etki icra etmesi, talî bir husustur.

İkinci kısımda mütalâa edeceğimiz müeyyide ise, bir haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde doğrudan etki icra eden müeyyide türüdür. Yani, bu tür müeyyideyle güdülen yegane amaç, *haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli hukukî sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulmasıdır*. Bu kısım

44) GÜRİZ, 75 vd.; ÇAĞIL, 93, 98/99, 109 vd.

müeyyideyi de iki grupta mütalâa edebiliriz.

Birinci grupta mütalâa edeceğimiz müeyyide ile güdülen yegane amaç, suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır 45. Biz, buna *teknik anlamda ceza* demekteyiz. Cezanın yegane amacı, keffaret (=Qeffare) teşkil etmesidir. Bir başka ifadeyle, kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesidir; kısacası, kişinin resosyalize edilmesidir. 46. Böylece, belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır 47, 48,

45) Ancak, ÖNDER, cezanın uygulanmasını duyulan gerekliliği; Devletin korunmasına, Devletin varlığını idame ettirmesine duyulan ihtiyaçla izah etmeye çalışmaktadır: Genel Hükümleri II, 8, 14.

46) Hemen belirtmemiz gerekir ki; keffaret kavramı, Türk ceza hukukçuları tarafından bizim işaret ettiğimizden farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Keffaret kavramına suç teşkil eden fiil karşısında faile ızdırıp verilmesi, acı çekirilmesi şeklinde bir anlam yüklenmiştir. Bu anlamıyla "keffaret" kavramı, özellikle Kant'ın cezaya ilişkin felsefî görüşlerinde yer alan "Vergeltung" (=misliyle mukabele, misilleme) kavramı karşılığında kullanılmaktadır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: Nazerî ve Tatbikî Ceza Hukuku, cilt II, 8. bası, İstanbul, 1983, no. 1310 vd.; ÖNDER, Genel Hükümler III, sh. 9 vd.; aynı yazar, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992 sh. 478 vd; ÖZTÜRK, Bahri: Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, İzmir, 1992, sh. 231.

47) Ceza, suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddî bir muhteva kazanmasıdır. müşahhaslaşmasıdır (Arm. KAUFMANN, Normentheorie, sh. 228). Bu itibarla, ceza, kişinin işlediği haksızlık dolayısıyla, yükümlülüklerine aykırı davranması dolayısıyla, içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasına, bu suretle-kural olarak-kişinin tekrar topluma kazandırılmasına hizmet etmelidir. Bu hususta bkz. BOCKELMANN, Paul: Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher V, sh. 25; aynı yazar: Schuld und Sühne, Göttingen, 1957 (30 sahifeden ibaret bütün eser); SCHMIDHAEUSER, Eberhard: Vom Sinn der Strafe, 2. Auflage, Göttingen, 1971, sh. 43 vd.; WALDER, Hans: Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg. 1965, sh. 18; RÖSSNER, Dieter: Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld, 1992, sh. 269 vd.

Cezanın yegane amacının-kural olarak-müşbet anlamda özel önleme olduğu, suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılması, toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesi olduğu hususundaki telâkkimiz hakkında bkz. Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 116 vd., 127 vd. 201 vd., 208 vd.; aynı yazar: Recht und Sittlichkeit, Tübingen, 1964 sh. 44; aynı yazar: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, ein Beitrag zur Ztrafrechtsreform, in: Juristenzeitung, 1967, sh. 553 vd. (özellikle sh. 556 vd.); aynı yazar: Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Festschrift für Richard Lange, Berlin, 1976, sh. 27 vd.; aynı yazar: Schuld und Prävention, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, Darmstadt/ Neuwied, 1985, sh. 889 vd. (893 vr.); aynı yazar: Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: jur, 1986, sh. 225 vd. (229 vd.) Ayrıca bkz. STRATENWERTH, Günter: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg /Karlsruhe, 1977, özellikle sh. 28 vd.

Ancak, günümüz Ceza Hukuku doktrininde önemli ölçüde taraftar bulan diğer bir telâkki ise, cezanın yegane amacının müşbet anlamda genel önleme olduğunu iddia etmektedir. Bu telâkkiye göre, cezalandırma suretiyle kişinin işlediği haksızlıktan ibra olmasını bekleyemeyiz. Bu, ahlâkî bir meseledir. Suç işleyen ve bu nedenle kusurlu telâkki edilen kişiyi cezalandırmakla güdülen yegane amaç; ihlal edilen Davranış Normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir: *Müşbet anlamda genel önleme*. Bu anlayıştaki yazarlar, cezanın amacının genel anlamda korkutuculuk

Bazı durumlarda, hukuka aykırı davranışın sonucu olarak, bu aykırılığı gerçekleştiren kişiye karşı müeyyide olarak **tedbir** tatbiki cihetine gidilmektedir. Tedbir, gerek haksızlığı gerçekleştiren kişinin kendisini gerek toplumu belli zarar tehlikelerinden korumak maksadına matuf bir müeyyidedir. Tedbire hükmedilebilmesi için gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telâkki edilmesi zorunlu değildir 49. cezanın tatbiki açısından gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telâkki edilmesi zorunlu ise de; tedbir tatbiki açısından bu zaruret aranmaz. Bu itibarla, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla kusurlu telâkki edilmeyen kişi hakkında da, gerek bu kişiyi gerek toplumu bu kişinin muhtemel haksız fiilleri sonucu oluşacak zarar tehlikelerine karşı korumak maksadıyla, tedbir uygulanabilir.

Her ne kadar davranış normlarına (yani hukuka ve evleviyetle, ahlâka) aykırı bir fiil gibi müşterek bir dayanağa sahip iseler de; mahiyetleri ve hizmet ettikleri amaçlar birbirlerinden farklı olan bütün bu müeyyideler, birbirlerinden bağımsız olarak uygulanabilirler. Bu itibarla, **non bis in idem** kuralının bu müeyyideler arasındaki ilişkilerde tatbik kabiliyeti yoktur 50.

(*menfi anlamda genel önleme*) olduğu iddiasını doğru bulmamaktadırlar. bu hususta bkz. NOLL, Peter: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Helmut Mayer, Berlin, 1966, sh. 219 vd. (229 vd.); ROXIN, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, sh. 377 vd. (381 vd.); aynı yazar: Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, in: MschrKrim 56 (1973), sh. 316 vd (320 vd.); aynı yazar: Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, in : SchwZStr 104 (1987), sh. 641 vd. (652 vd.); aynı yazar: Das Schuldprinzip im Wandel, in: Straf-gerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, sh. 519 vd.; aynı yazar: "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, sh. 171 vd.

Cezanın müsbet anlamda genel önleme amacına matuf olduğu düşüncesinde olan Jakobs'a göre, kusur maddi muhtevadan yoksundur. Ancak cezalandırmayla güdülen sözkonusu genel önleme amacı, kusura maddi muhteva kazandıracaktır (JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, sh. 14, 24, 33; aynı yazar: Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit, in: Aspekte der Freiheit [herausgegeben von Dieter Heinrich], Regensburg, 1982, sh. 69 vd. [72]; aynı yazar: Strafrecht, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die zurechnungslehre, Lehrbuch, 1983, sh. 384vd.). Jakobs'a göre, kişi, kusurlu olduğu için değil; bilakis, ictimaî bakımdan cezalandırılmasına gereklilik duyulduğu için cezalandırılmaktadır. bir başka ifadeyle, kişi açısından kusurluluk yarısında bulunulabilmesi için, önce kişinin cezalandırılmasına içtimaî bakımdan gerek duyulması lazımdır. Jakobs'un bu fikirlerine karşı yöneltilen en esaslı eleştirî; suç işleyen kişinin içtimaî bakımdan cezalandırılmasına duyulan gerekliliği, hareket noktası olarak kabul edilmesine dayanmaktadır.

48) Bu nedenledir ki; ceza tatbiki için, kişinin mutlaka kusurlu olması gerekir. Kusur, cezalandırmanın vazgeçilmez, şartını oluşturmaktadır (nulla poena sine culpa= kusursuz ceza olmaz). Bu hususta bkz. ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 261.

49) Aynı mealde ÖNDER, Genel Hükümler III, 20/21, 101.

50) ÖZGENÇ, İzzet: Müessir Bir Çevre Koruması ve Hukuk, Merfî Hukukun Değerlendirilmesi, in: Türk Devletleri Arasında 1. İlmî İşbirliği Konferansı (22-24 Haziran 1992-Lefkoşe, KKTC), Tebliğler, İstanbul, 1992, sh. 427; ÖZAY, İlhan: İdarî Yaptırımlar, İstanbul, 1985, sh. 62-64.

AFGANİSTAN'DA YÖNETİM ARAYIŞLARI ve ANAYASAL GÖRÜNÜMÜ

Dr. M. Emin EMİNİ

GİRİŞ

Bugünkü Afganistan'ın varlığı ta ilk çağlara uzanır. Tarihi süreç içinde Ariyana, Hurasan ve 1747 tarihinden beri şimdiki adı ile "Afganistan" olarak varlığını korumaktadır (1).

Bir kara ülkesi olan Afganistan Orta Asya'da önemli stratejik yere ve coğrafi konuma sahiptir. Afganistan, Batı Asya ile Orta Doğu ve Orta Asya ile Basra Körfezi ve Hind Okyanusu arasında bir geçit noktasıdır. Ülkenin bu stratejik önemi, ülke etrafındaki büyük devletler arasında bir mücadeleye sebep olmuştur. Büyük devletlerin Afganistan üzerindeki bu mücadeleleri de, ülkenin karakteristiğini teşkil eden siyasi istikrarsızlığın kaynağını oluşturuyor (2).

Afganistan'ın topoğrafyası düzgün değildir. Ülke topraklarının büyük kesimini yüksek dağlar, çöller ve kurak arazi kaplamaktadır. Ülkenin yerleşim alanları dağınık olup, farklı sosyo-kültürel ve ekonomik anlayışları oluşturmaktadır. Çalkantıların ve istikrarsızlıkların ikinci ve en önemli sebebi de bu sosyal yapıdan yararlanarak feodal ve kabile hayatının sürdürülmesidir (3).

Afganistan, İngiliz empeyalizmine karşı üç savaş vermiştir. Birinci Afgan-İngiliz savaşı (1838-1842) yılları arasında gerçekleşmiştir. Bu savaş İngilizlerin yenilgisiyle sonuçlanmıştır. Fakat bu yenilgiye rağmen İngilizlerin Çarlık Rusya'sının aktif politikasını kendi lehine canlı tutabilmek için Afganistan'ın iç işlerine müdahale etmeye devam etmiştir. Amaç yararlı sömürgesi olan Hindistan'ı dış müdahalelerden korumak, bölgede bir başka süper güç olan

(1) Mesun, Gülam Saki, Münasebet-i Beynülmelel-i Afganistan, Devlet Matbaası, Kabul, 1356-1977, s. 58-59.

(2) Armaoğlu, Fahir, 20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1914-1990) Cilt 1: 1914-1980), 9. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür yayınları, s. 762, Afganlılar, bu istilalar karşısında (1879-1919) yıllar dışında daima bağımsızlığını korumuşturlar.

(3) Amîni, Mohammed Awaz, Afganistan Anayasal ve Siyasi Rejimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1985, s. 30-37, Eser sahibi 1986 yılında Bakanlar Kurulunun Kararı ile (Resmi Gazete) Türk vatandaşlığına geçmiş ve Türkçeye uygun olarak adını, Mehmet Emin Emîni olarak değiştirmiştir.

Çarlık Rusyası ile Afganistan'ın yakınlık ve ilişki kurmalarını önlemektir (4).

Afganistan, bu iki sömürücü güç arasında bocalayıp duruyordu. Başka bir deyimle, Afganistan İngilizlerin sömürgeci politikasından kendini kurtarmaya çambalarken, Çarlık Rusyası'nın sömürüsüyle karşı karşıya bırakılmıştır (5). Bazen iki süper güç arasında bir tampon bölge olarak kullanılmış ve stratejik durumunun acısını çekmiştir. Özellikle İngilizler Asya'da bu politikalarını başarıyla sürdürmüştür. Çünkü elinden gelen her türlü olanaktan, entrika vs. yöntemlerden (gizli anlaşmalar, böl ve yönet, sinsiy oyunu olan gölge arkasındaki kukla hükümdarlar vs.) yararlanmışlardır (6). Oyunun en belirgin örneği, Türkiye-Rusya savaşı sırasında (1877-78) İngilizlerin büyük çabalarıyla Osmanlı İmparatorluğunun bir temsilcisi Afganistan'a gelmiş ve Afganistan'daki müslümanlarla birlikte Asya'daki bütün müslümanların birlik ve dayanışmasını sağlamaya çalışarak Çarlık Rusyası'na karşı gelmelerini istemiştir (7).

İkinci Afgan-İngiliz savaşı (1787-1879) yılları arasında olmuştur. Şöyle ki, İngilizler, Türkiye, Rusya savaşının ve çeşitli temasların sonucunu almayı umarak girişimde bulunmuştur. İlk önce Afgan Emirinden sömürge koparmaya çalışmıştır. Fakat sonuç tam ters yönde cereyan etmiştir. Afgan Emiri (Sher Ali Han) İngilizlerin oyun ve entrikalarını anlayıp sömürge ve taviz vermeye yanaşmayarak Çarlık Rusyası ile ilişki kurmaya çalışmıştır. Bu olay İngilizlerin bölgedeki sömürgeci politika ve planlarına ters ve tehlike yaratacak nitelikte olduğu için İngilizleri çok kızdırmış ve nihayet ikinci Afgan-İngiliz savaşı (20 Kasım 1878) patlak vermiştir. Savaş İngilizlerin zaferi ile sonuçlanmıştır. Afgan Emiri (Sher Ali Han) tahttan düşürülmüş, yerine oğlu ve İngilizlerin en sadık Kuklası olan Yakup Han Afgan tahtına atanmıştır (8). Sonuç olarak 26 Mayıs 1879 tarihinde Afganistan tarihinde utanç belgesi olarak anılan Gandamak antlaşması Yakup Han ile İngilizler arasında imzalanmış ve bu antlaşma ile Afganistan'ın bağımsızlığına gölge düşürülmüş, o İngilizlerin himayesi altında yarı bağımsız bir ülke haline gelmiştir (9).

İngilizler bununla da Yetinmeyerek (Kasım 1893) tarihinde imparatorluğun bir parçası olan Hindistan'ın kesin sınırlarını çizirken, özellikle

-
- (4) Gregorian, Vastan, *The Emergence of modern Afganistan*, Stanford California, 1969, s. 99-100, Armaoğlu, s. 763.
 (5) Kaker, M. Hasan, *Tarihi Diploması-i Afganistan*, Kabul, 1362, s. 19.
 (6) Gregorian, s. 102-105.
 (7) Gregorian, s. 112.
 (8) Mededi, M. Akber, *Çehrehayi Muberizini Afgani Der Cengi Afan ve İngiliz*, Aryana Quarterly social seiences scientific and research center, Afganistan Academy of sciences, Vol. XXXIX, Vinter 1363-1982, No: 4, s. 172-189.
 (9) Mededi, s. 172-189, Gregorian, s. 113, 1907 İngiliz-Rus anlaşması ile İngiltere Afganistan'daki bu durumu Rusyaya da kabul ettirmiştir, Armaoğlu, s. 210.

Paştı'ları da ikiye bölerek bölgede yeni bir anlaşmazlık ve huzursuzluğun temelini atmışlardır. Durand adıyla anılan bu sınır antlaşmasıyla Afganistan, doğu bölgelerinden büyük bir toprak parçasını kaybetmiştir (10).

İngilizler yıllarca Hindistan ve Afganistan'ı sömürdükten sonra, müs-lümanlar ve Hindular arasında ayırım yaparak, böl ve yönet politikası doğ-rultusunda 1893 yılında çizilen keyfi sınır içinde yeni bir devlet olan "Pakistan" devletini II. Dünya Savaşından sonra meydana getirmişlerdir (11).

Durand veya Bilimsel sınır antlaşması Kasım 1893 tarihinde zamanın Hindistan Dışişleri Bakanı Matemar Durand tarafından Kabil'de imzalanmıştır. Antlaşmanın amacı, Rusların muhtemel ilerlemelerini zamanında önlemek, Afgan Emir'i'nin ölümü sırasında içten veya dıştan ortaya çıkan her türlü ayak-lanma ve kargaşalıklara karşı bütün stratejik noktaları kolayca kontrol altına al-maktır (12).

Çizilen bu sınır antlaşması, sınır esas ve ilkelerine, yörenin tabii topografi ve antoğrafisine uygun olmamakla birlikte acele ve ani planlandığı için çok ha-taları ve sorunları beraberinde getirmektedir. Sınırın her iki tarafında birçok Ka-bile, aşiret ve Kavimler yaşamaktadır. Yıllarca bağımsız yaşamış olan bu kabile ve aşiretler birden bire kendilerini İngilizlerin denetimi ve kontrolü altında gö-rünce karşı çıkmaya, bağımsız olmaya başlamışlardır (13).

Hindistan-Pakistan, Pakistan-Bengladeş, Pakistan-Afganistan an-laşmazlıklarının, meydana gelen savaşların temel nedeni böl ve yönet amacıyla çizilen bu keyfi ve insanlık dışı sınırlardır. Çünkü sömürgecilik sistemleri yerli halkları birbirinden ayrı ve çeşitli nitelikte sömürge yönetimlerine bağlayarak aralarındaki farkları daha da derinleştirmiştir. Hintliler, Vietnamlılar, En-donezyalılar vs. arasında eskiden beri varolan derin ayrımlara İngilizler, Fran-sızlar vs. yenilerini de eklemişlerdir ve ekilen bu sömürgecilik tohumlarının ürünlerini dün olduğu gibi bugün de almaktadırlar ve yarınlar da alacaklarını şu ana kadar ciddi bir engel gözükmemektedir.

Üçüncü Afgan-İngiliz savaşı 1919 yılında başlamıştır. Bir takım taht mü-cadelelerinden sonra 1919 Şubatında Afganistan tahtına geçen Emir Amanullah Ham koyu bir İngiliz düşmanıydı. Amanullah Han Emir olur olmaz, 1919 Ma-

(10) Khalfin, Naftula, Britisch Plots Aganist Afganistan, Pages From History, Novastı Press Agency Publusingi Hause, Mascow, 1981, s. 9-10, Gregorian, s. 158, Kaker, s. 19-22.

(11) Emerson, Rupert, sömürgelerin uluslaşması, Asya ve Afrika Halklarının ortaya çıkışları, çev. Türkkiye Ataov, Ankara, 1965, s. 62-109.

(12) Harris, L., The British Policy Conneted with the Nort-West Border of India (1889-1901), London unuversity, 1960, s. 462, Kaker, s. 19-22.

(13) Emerson, s. 109, Gregorian, s. 109, Kaker, s. 19-23.

yısında İngiltereye karşı cihad-i mukaddes (kutsal savaş) ilan edip Türk lideri ve kurtarıcısı Mustafa Kemal Atatürk gibi, ya istiklal ya ölüm diye halkıyla, ordusuyla Hindistan'a yürümüştür (14). Durand sınır çizgisinden beri halk İngilizlere karşı tedirgin ve ayaklanma halindeyken Afgan lideri olan Amanullah Han'ın haklı bağımsızlık çağrısı bir ilham kaynağı ve bir milli şahlanış gibi karşılanmış, İngilizler bölgede zor günler yaşamış ve ancak 140.000 kişilik bir kuvvet kullandıktan ve 16 milyon İngiliz lirası harcadıktan sonra Amanullah Han'ı Hindistan'dan çıkarmıştır (15). İngilizler bu milli isyana karşı zaman kaybetmeden 8 Ağustos 1919 tarihinde yapılan Rawalpindi anlaşması ile Afganistanın tam bağımsızlığını tanımak zorunda kalmıştır (16). Afgan-İngiliz arasındaki anlaşma çok çekişmeli geçmişti. Afganistan, Durand sınırının tüm taraflarının eskiden olduğu gibi Afganistan egemenliği altında kalmasını arzularken, İngiliz tarafı bu önemli ve stratejik bölgeyi vermemekle direniyordu. Nihayet Rawalpindi anlaşması 22 Kasım 1921 tarihli kabul (Kabil) anlaşması ile onaylanmıştır (17).

Daha öncede açıkladığımız gibi, bütün anlaşmazlıkların temelini oluşturan Durand sınır anlaşması konusunda taraflarca gerçekçi bir çözüm sağlanamamıştır. Bu nedenle Afganistan'ın toprak bütünlüğüne ve özellikle sınırın her iki tarafında aynı ırk, dil, din ve geleneğe sahip yöre halkının birlik ve bütünlüğünü açıkça ve insafsızca zedelediği için bağımsızlık anlaşmaları Afgan liderinin ısrar ve ciddi direnmeleriyle bir dostluk anlaşması şeklinde değil, sadece bir komşuluk anlaşması çerçevesi içinde kalmıştır (18).

Afganistan, Amanullah Han'ın önderliğinde bundan sonra Sovyetler Birliğine yaklaşmıştır. 28 Şubat 1921 de Sovyet Rusya ile bir dostluk anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşma ile Sovyetler, bir yandan Afganistan'ın bağımsızlığını tanımış, öte yandan da Afganistan'a her yıl bir milyon altın ruble yardımında bulunmayı kabul etmiştir (19).

Amanullah Han, Sovyetlere yaklaşmakla beraber, Afgan-Sovyet münasebetleri düzenli bir şekilde gelişmemiştir. Sovyetlerin Türkistan, Özbekistan, Türkmenistan, Hive ve Buhara'yı Bolşevikleştirmek için Kullanmış oldukları sert

(14) Dupree, Lovis, Afganistan, Princeton University, press, princeton, New Jersey, 1980, s. 442, Armaoğlu, s. 210.

(15) Armaoğlu, s. 210.

(16) Lütem, İlhan, Yeni Anayasalar, Kitap 1. Afganistan Almanya, ABD, Anderro, Amavutluk, Avusturalya, Belçika, Beyaz Rusya, SSC, Bhutan, Bulgaristan, Ankara, 1953, s. 139, Armaoğlu, s. 210, Dupree, s. 443.

(17) Lütem, s. 13, Dupree, s. 444-45.

(18) L.d. Adamic, Tarihi Münasibet-i Biyulmilli-yi Afganistan, Çev: Ali Ahmet Zuama, Kabul, 1350, s. 165, Dupree, s. 445.

(19) Armaoğlu, s. 210.

tutum, buradaki Türk ve müslüman halkların ayaklanmalarına sebep olmuş ve birçok Türkler Bolşeviklerden Kaçarak Afganistan'a sığınmışlardır (20). 1922 yılında Enver Paşa'nın liderliğinde çıkan bu ayaklanmalara Amanullah Han büyük bir ilgi göstermiş ve hatta kendi liderliği altında bir Orta Asya Konferasyonu Kurmak için harekete geçmiştir (21). Tabiatıyla bu durum Sovyet-Afgan münasebetlerini bozmuş ve Enver Paşa'nın öldürülmesi ile Sovyetler de Orta Asya'da durumu Kontrolleri altına almayı sürdürmüştür.

Afgan-Sovyet sınır anlaşmazlıkları sürmekle beraber, Sovyetler Birliği Afganistan'la aralarını bozmamak ve ekonomik yardım yoluyla Afganistan'ı nüfuzları altına almak için özel bir çaba harcadıkları ve 10 Nisan 1927 de Sovyet Rusya ile Afganistan arasında bir tarafsızlık ve saldırmazlık antlaşması imzalanmıştır (22).

Amanullah Han, Rıza Şah'ın İran'da yaptığı gibi Atatürk'ün devrimlerini kendine örnek alarak ülkeyi çağdaşlaştırmak için büyük çabalar göstermiştir. Özellikle eğitim ve kültür reformlarına önem vererek, Almanya ve Türkiye'den uzmanlar getirtmiştir. Bu dönemde Türkiye Afganistan dostluğu iki kardeş devlet düzeyine yükselmiş ve Türkiye ile birlikte Sovyetlere karşı Almanya ile de dostluk ilişkileri kurmaya başlamıştır. Amanullah Han 1926 yılında Emirlik ünvanını bırakıp Kral ünvanını almıştır. Bu milli lider halkı için gece gündüz çalışarak ülkenin kalkınması ve gelişmesi için yurt içinde ve yurt dışında ciddi ve önemli ilişkiler kurmaya devam ederken, yerli ve yabancı çıkar çevrelerin tepkisiyle karşılaşmıştır. 1928 Kasımında koyu dindar mollaların ve muhafazakar kabilelerin ayaklanması ile vatanı terk etmek zorunda kalmıştır (23).

Amanullah Han'dan sonra bütün Afgan hükümdarları halkın bu koyu din baskısı ve kabilevi yaşam tarzları karşısında radikal reform hareketleri yapmamış, onların geleneksel yaşam tarzlarına ve yönetim anlayışlarına nisbi de olsa boyun eğmek zorunda kalmışlardır. 1978 yılında meydana gelen solcu iktidar da bütün yabancı güçlerin desteğine rağmen sonuçta Amanullah Han'ın kaderiyle karşı karşıya bırakılmıştır. Başka bir deyimle Afganistan halkı gelenek görenekleriyle, kabilevi yaşantısıyla jeopolitik durumuyla dağınık sosyal yapısı ile, kendine özgü bölgesel, sınıfsal ve dinsel duygularıyla o gün olduğu gibi bugünde çağdaşlaşmaya, birlik ve beraberliğe ve bir bütün olarak milli bilince sahip olamamıştır ve bu sorunun acısını hala çekmeye devam etmektedir.

(20) Armaoğlu, s. 210-211.

(21) Armaoğlu, s. 211.

(22) Armaoğlu, s. 211.

(23) Armaoğlu, s. 211.

YÖNETİM ARAYIŞLARI

Afganistan etnik gruplardan oluşan bir ırklar mozaiğidir. Ülkenin dört köşesinde Paştunlar, Beluçiler, Nuristanlılar, Paşahular, Veziriler, Süleymanzaller, Muhammedzailer, Duraniler, Özbekler, Türkmenler, Kırgızlar, Tacikler, Hazaralar vs. etnik gruplar, Kabile ve aşiretler yaşamaktadır.

İnsanoğlunun temel hak ve özgürlükleri, yaşantısı, maddi ve manevi güvencesi gibi olgular, çağlar boyunca bir takım ağaların, Kabile reislerinin, Kraların, despotların, imparatorların, kısacası yönetimi şu veya bu biçimde ele geçiren ve çoğu kez de egemenliğine ve otoritesine dinsel ve geleneksel bir görüntü veren yöneticilerin kişisel ve keyfi yönetimine bırakılmıştır.

Afganistan'da hala bir takım Kabile reisleri ve feodaller ortaçağın düşünce ve zihniyetini egemen kılmışlar ve bunu sürdürmek istiyorlar. Emperyalist dış güçler de kendi çıkarlarını elde etmek için çeşitli keyfi sınırlar çizmiş, gizli anlaşmalar yaparak Afganistan'a adeta bir ülke ve devlet olmaktan çıkarmış, bir aşiretler mozaiği haline getirmişlerdir.

Kuruluşundan beri Afganistan'da emirlikler, mutlak krallıklar, meşrutî krallıklar, cumhuriyet, demokratik cumhuriyet adları altına yönetim biçimleri sürmüş ve bu yönetimlerin hiç biri kuvvetli bir merkezi otorite kuramamışlardır. Bunun en önemli nedeni bu kadar uzun tarih, sürecin geçmesine rağmen hala da millet olma bilincine ulaşamamış olması, türdeş olmayan sosyal yapıya sahip olması, kabile ve aşiret yaşantısı ile birlikte güçlü bir feodalite zihniyetinin var olmasıdır (24).

İngilizler bölgede sömürücü politikasını sürdürürken yörelerin gelenek ve özelliklerine göre değişik yönetim sistemleri kurmuşlardır. Örneğin Kalat Hanı için özelliğine uygun valilik, kuzey Buluchistan Kabilesi için Kabile reisliği (Kabile şefliği), güney bölgede hakim olan toprak egemenliği ve feodalite düzeni, kendi acil çıkarları ve elverişli topraklar için monarşi sistemleri yaratarak böl ve yönet politikasını sürdürmüşlerdir (25).

Devletten çok bir ırklar, dinler, diller, kabileler ve aşiretler mozaiği olan Afganistan halkı; millet olma bilincine kavuşamamış, birlik ve bütünlüğünü kendi aralarında değil sadece ve sadece dış müdahaleler karşısında sergilemişlerdir.

(24) Ghubar, mir Ghulam Mohammed, Afganistan Der Mesiri Tarih, Kabul, 1346, s. 143-45, Gregorion, s. 129, Emir Abdurrahman Han döneminde Kendisinden kat kat üstün Türkistan Emiri, Hazura Emiri, Chilzai Emiri vs. bulunmaktaydı (1880-1901) Durand sınır antlaşması bu Emir döneminde imzalamıştır.

(25) Emiri, Ghulam Rahman, Seyri Tarihi-yi nizam-i feodal-i Der Afganistan, Aryana, cilt 26, Nol, Kabul 1978, s. 18-19.

Çeşitli iç ve dış sömürü güçler karşısında Afganistan'ı dağınlıktan, keyfilikten, kölelik hayatından kurtararak birlik içinde hukuk ve insan hasiyetine yakışır bir hale getirmeye çalışan illeri ve milli bir devlet adamı olan Kral Amaullah Han'dır. Amaullah Han döneminde yönetim biçimi mutlak monarşi olmakla beraber başta Anayasa Kanunu olmak üzere önemli hukuki ve idari reformlar yapılmıştır, fakat ne yazık ki bu girişimler illeri kralın aleyhine gelişmiş, iç ve dış çıkar güçlerin destek ve yardımlarıyla Amanullah Han ülkeyi terk etmek zorunda bırakılmıştır.

Kısacası, Amanullah Han giriştikleri yenilikler ve uygulamak istediği reformların kurbanı olmuş, onun yönetimi aleyhinde büyük bir ayaklanma düzenlenmiştir (26). Amanullah Han, bu ayaklanma ve karşı gelme olayını bastırmak için güçlü bir ordu ve halk desteğine sahip değildi. Ülkeyi terk etmekten başka olanağı yoktu. Çünkü uygulamak isteği, sosyal, siyasal ve ekonomik reformlar konusunda bir ön çalışma, belirli bir yöntem ve düzenli bir planı yoktu. Halkın desteğinden yoksun olan perde arkasında alınan böyle ani kararlar geleneklere bağlı, aşiret ve feodalite yaşamı yaygın olan bir ülkede başarısızlığa mahkumdur (27).

1928 Ayaklanmadan yararlanarak Afganistan'ın orta bölgesinde yaşayan Abibullahi Gazi (Bacha-ı sagao=Beçce sakav) adında bir çete reisi Afganistan tahtına çıkmayı başarmıştır (14.01.1929) (28). Bu dönemde Amanullah Han tarafından meydana getirilen bütün ilerici ve medeni kurum ve ilkeler kaldırılmıştır, tüm ülkede mutlak Kur'an ilkeleri ve şer'i kurallar uygulanmaya başlanmıştır. Açılmış olan çağa uygun medeni okullar kapatılmış, dış ülkelere gönderilen Afganlı öğrenciler geri çağırılmıştır. Bu arada başka Kabileler arasında, özellikle İngiliz sömürgesi olan Hindistan sınırına yakın Kabile ve aşiretler arasında Afganistan tahtını elde etmek için mücadele ve kışkırtmalar başlamış; İngilizler, Amanullah Han döneminde kayıp ettikleri ayrıcalıkları tekrar elde etmek için kendilerine yakın sınırdaki kabileleri kışkırtmaya başlamış ve Afganistan'da siyasal iktidarı elde etmek için tam bir iç savaş ve düşmanlık ortamını canlandırmışlar (29).

Geri düşüncelerin elinde oyuncak olan Becce Sakav, sürüp giden iç karışıklıklara, tahrik ve kışkırtmalara karşı çaresiz ve sayılı günlerini geçirmekteydi, çünkü kendisi ve çevresi devlet yönetimi ile ilgili hiçbir bilgi ve yeteneğe sahip değildi, nihayet Amanullah Han'la aynı kabile ve soya bağlı olan

(26) Gregorian, s. 264-65, Dupree, s. 452-53.

(27) Dupree, s. 452 ve devamı.

(28) Dupree, s. 452.

(29) Gregorian, s. 280-81, Dupree, s. 452.

Nadir Han özellikle doğu sınırındaki kabile ve aşiretlerin, din adamlarının ve İngilizlerin yoğun ve etkili destek ve çalışmalarıyla Becce Sakav'ı devirerek Afganistan tahtına oturdu (15.12.1929).

Nadir Han (1929-1933) ve oğlu M. Zahir Şah'ın yönetim 1973 yılına kadar devam etmiştir. Bu uzun dönem 1929-1963 arasında mutlak krallık, 1963-1973 arasında ise Meşrutî Krallık olarak sürmüştür. 1973 yılında aynı soya bağlı ve kralın kız kardeşiyle evli olan Davut Han krallık yönetime son vererek Afganistan'da cumhuriyet yönetimi ilan etmiştir. Bu yöntemin 1978 yılında yıkılarak yerine sol görüşlü ve Sovyetler Birliği'nin desteği ile Afganistan'da Demokratik Halk Cumhuriyet rejimi ilan edilmiştir. Bu sol destekli yönetimin ömrü de fazla sürmemiş ve Afganistan halkının ciddi ve yoğun tepkisiyle karşı karşıya kalarak yönetimi bırakmak zorunda kalmışlardır. Şu anda Afganistan'ın siyasal yönetimi bir bütünlük ve dayanışma içinde olmayıp mücahit gruplar elinde bölge bölge, dağınık ve anlamsız bir iç mücadele sürecini geçirmektedir, sistemli bir örgütlenme ve devlet yönetimini bir bütün olarak sahip değil, ülke topraklarında kanun nizam egemenliği yok, tersine belirsizlikler keyfi eğilimler sürmektedir.

ANAYASAL GÖRÜNÜMÜ

Anayasa kavramı, rasyonel bir devlet düzenini tespit eden yazılı bir metin olarak aynı zamanda devlet organlarının kuruluş, yetki ve görevlerini, bu organların vatandaşlarla olan ilişkilerini düzenleyen kuralların tümüdür. Klasik anlamda, Anayasa, kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına alan, bir hukuk devletini kuran temel yasadır. Çağdışı, keyfi, despot, totaliter ve diktatörce düzenlere karşı, yazılı bir metin olarak ortaya çıkan Anayasa, hürriyetçi, demokratik rejimlerin simgesi ve hukuk devletinin ifadesidir. Yazılı Anayasaların mutlak monarşilerin karşısında yalnız hukuk devletinin değil, aynı zamanda mutlak monarşilerin dayanağı feodal ve geleneksel düzenlere karşı olan burjuva sınıfının ve aydınların mücadele aracı olanların dünya görüşünün alameti ve sembolüdür.

Afganistan'da Anayasal yönetimlerin tarihi seyri ve bu anayasaların rejim özelliği şöyle özetlenebilir:

İLK ANAYASA (1923)

Afganistan'ın ilk Anayasası "Nizam-name-i Asasi-yi Devlet-i Aliyyi Afganistan". 1923 yılında Amanullah Han döneminde yürürlüğe girmiştir. Bu ileri ve milli kral çeşitli iç ve dış sömürücü güçler karşısında Afganistan'ı dağınıklıktan, keyfilikten, kölelik hayatından kurtararak birlik içinde hukuk ve

insan haysiyetine yakışır bir hale getirmeye çalışmıştır (30).

1923 Anayasası 73 maddeden oluşup, mutlak monarşi yönetimini benimsemekle beraber, yürütme (kabine) sistemini de getirmiştir.

1923 Anayasasının 1-4 maddeleri mutlak monarşi ilkelerini düzenlemiştir. Buna göre, Afganistan tahtı (tacı) kral ve onun erkek soyuna özgüdür ve nesilden nesile geçer. Kraliyet yönetimi irsi olarak Kral ailesinin erkek evlatlarına bırakılmıştır.

1923 Anayasası, İslam dinini ülkenin ve devletin resmi ve umumi dini olarak kabul etmekle birlikte diğer dinlere de serbestlik tanınmıştır. Yalnız ülkede müslüman olanı müslüman olmayandan ayırdedebilmek için müslüman olmayanlar özel bir kıyafet giymek zorundadırlar. Kıyafetin temini için dinin mensubuna belli bir miktar para ödenir (Madde 2).

Anayasa ilk öğrenimi mecburi kılarak yabancıların okul ve öğretim kurumları açmaları yasaklanmıştır. Hükümet gerektiği halde yabancıları sözleşmeli olarak istihdam edebilir, fakat yabancılar devlet memuru gibi çalışamazlardı (Madde 11-14).

Anayasanın getirdiği siyasal rejim mutlak monarşidir. Kral kendisi ve danışmanlarıyla birlikte ülkeyi yönetirdi (Madde 39-40). Ülke idaresinde kral'a danışmanlık yapanlara derbari şahî üyeleri denir ve genellikle Durani Kabile reislerinden, feodaller ve ağalardan ve ülkede tanınmış olan kişilerden meydana gelirlerdi. Bunlar ülke idaresinde halkı (kendi mensuplarını) temsilen görev yapıyorlardı. Krala danışmanlık yapan bu kabile reisleri, ağa ve feodallerin bir kısmı kral tarafından ömür boyunca atanırdı, bir kısmı ise halk tarafından seçilirdi. Yürütme organında bulunan milli eğitim, ticaret, savunma, adliye ve maliye bakanları kral tarafından ülkenin bilgili, yetenekli kişiler arasından seçilip atanırdı ve doğrudan doğruya krala karşı sorumlu olurlardı.

Amanullah Han 1928 yılında ülkenin sosyo-ekonomik reformların yeniden ele alırken, 1923 Anayasasını daha demokratik bir hale getirmek için Loya Jirgah'ya (Kurucu meclise) sunmuştur. Ülkenin dört köşelerinden toplanan (1000) kişilik Loya Jirgah üyeleri sadece Anayasa ile ilgili önerilen değişiklikleri kabul ederek öteki ileri reformların çoğunu reddetmişlerdir (31). Buna göre devlet idaresinde belli başlı üç organ belirlendi. Mutlak yetkilerle irsi krallık (saltanat)

(30) 1923 Anayasasının, özellikleri ve kapsamı için bkz. Gregoian, s. 251-261. Afganistanın 1923 Anayasası, 1906 İran Anayasası ve Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün İdari gelişmelerine benzer biçimde hazırlanmıştır (Dupree, s. 462).

(31) Dupree, s. 259-60.

makamı, Başbakan ve bakanlar ve parlamento. Parlamento üyeleri 150 kişiden oluşmakta ve üç yıl için seçilmekteydiler. Yılda 8 ay, 81 kişilik bir çoğunlukla toplanabilirlerdi (32).

Anayasanın dışında Afganistan'da çok eskilerden beri uygulanan (me-reke-toplantı) ve milli Jirgah (Loya Jirgah)lerin kararları vardır. Merkekeler genellikle yöresel konularda o yörenin halkı tarafından alınan kararları kapsar ve uygulaması da o yörenin halkı için bağlayıcı olur. Loya Jirgah'lar (Büyük Meclis, Kurucu Meclisler) ise önemli ve milli konularda ülkenin her tarafından toplanan ve milli idareyi temsil eden meclisin adıdır (33).

2. İKİNCİ ANAYASA (1931)

1931 Anayasası 110 maddeden oluşmaktadır (34). 1931 Anayasası da mutlak ve irsi bir siyasal rejimi benimsemiştir. Egemenlik ve ülkenin yönetimi Krala aittir. Anayasa, devlet ve toplumun dinini İslam dini olarak kabul etmekle beraber, islam dinini de bölerek onu Hanefi mezhep inancının tekeli içinde sınırlamıştır (madde 1). Ülkeyi yöneten Kral Hanefi mezhebinden olduğu için İslam dinini de bu mezhebin doğrultusunda resmi ve umumi din olarak sınırlamıştır. Egemenlik devletin tüzel kişiliğinde değil, Kralın şahsında toplanmasıdır. Kralın yönetim, hak ve yetkilerinin bazılarını şöyle özetleyebiliriz: Rütbe ve memuriyet tevcihi, mükafat dağıtılması, Başbakanın vs. Bakanların tayin, azil ve nakli, milli meclisten geçen kanunların onaylanması, ilan ve icrası, şeriata ve medeni kanunların himayesi ve yürütülmesi, silahlı kuvvetlerin başkomutanı, harp ilanı, barış ve genel olarak antlaşmaların akdi, şeriata uygun olarak cezaların affı ve azaltılması gibi kesin ve mutlak yetkilerle donatılmıştır.

Görüldüğü gibi Kral demek devlet demektir, devletin kişiliği kralın kişiliğinde belirtilmiştir. Seçim dışı irsiyet esaslarına göre monarşik iktidarı elinde tutan kral, devleti ve siyasal otoriteyi kendi fiziki varlığıyla temsil ve ifade etmiştir. Kralın iktidar ve yetkilerini sınırlayacak ülkede başka bir organ ve güç yoktur. Anayasa kralın yetki ve iktidarında bir sınırlama getirmediği için bu yönetime meşruti monarşi diyemeyeceğiz. Çünkü meşruti yönetimlerde hükümdarın saltanat haklarının kanuni bir sınırlama getirilen Anayasa hükümleri mevcuttur. Meşruti yönetimlerde kral veya hükümdar devletin tek, asli ve birinci derece or-

(32) Gregorian, s. 259-60.

(33) Mehraban, Abdullah, Nakşı Jirgah, Hayi Milli Der Hayati İçtimai ve Siyasi-i Mardum-i Afganistan, Arayana, cilt XXXIX, 1360, s. 148-157, Amanullah Han Ulusal olan her önemli konuda ulusun irade ve görüşünden yararlanarak 10 sene gibi kısa bir süre içinde üç kere Loya Jirhan, toplantıya çağırılmış ve önemli milli kararlar almıştır, Armoni Afghan, sayı, 9-10, Çev: Ali M. Zuama, Kabul, 1303, s. 6.

(34) Bu Anayasanın tam metni için Bkz, Lütem, s. 13-29.

ganı değildir, halk ve onu temsil eden millet meclisi, yargı organı gibi başka asli ve birinci derece organlar da bulunmaktadır. Bu yönetimlerde kralın yetkileri mutlak ve daha ziyade vicdani ve subjektif değil, hukuki ve objektif ilkelere dayanmaktadır. Afganistan'ın 1931 Anayasası böyle bir sınırlamadan yoksundur. Başta millet meclisi olmak üzere tüm devlet organlarının kralın denetim ve kontrolü altındadırlar. Bu organlar tek başına bir asli organ olarak hareket edemezler, kralın iktidar ve yetkilerine hiçbir suretle etki yapamaz, onlara sınır ve kısıtlama getiremezlerdir, kralın onayı olmadan hiçbir karar çıkamaz, icraatta bulunamazlardır.

3. ÜÇÜNCÜ ANAYASA (1964) (MEŞRUTİ REJİM ANAYASASI)

İkinci dünya savaşından sonra dünyanın siyasal dengesi gözden geçirilerek yeniden oluşmaya başladı. "Artık yer yüzünde savaş olmayacak, insan haklarını saygı gösterilecek, her ülkede açlık, yoksulluk, korku ve her çeşit baskı ortadan kalkacak, özgürlüğe, mutluluğa, eşitliğe ve demokrasiye dayanan yepyeni bir dünya düzeni kurulacaktır" gibi demeçler, sloganlar verilmiş, bildirgeler yayınlamıştır.

Dünyadaki bu gelişmeler Afganistan'ın mutlak monarşi düzenini de etkilemiş, acımasız bir diktatör olan Başbakan Haşim Han görevinden alınmış, yerine gene kral ailesinden Şah Mahmut Han getirilmiştir. Haşim Han'a nazaran biraz demokrat ve liberal olan Şah Mahmut Han 1963 yılında istifa etmiş ve yerine değişmez Başbakan Mohammed Davut Han atanmıştır (35).

1946 yılından sonra Hindistan ve Afganistan arasında Druand sınır anlaşmazlığı tekrar canlandı. Özellikle İngilizlerin egemenliği altında bulunan kırsımda yaşayan paştunlar, Paştunistan adı altında doğu-batı egemenliği altına girmeden bağımsızlık savaşımalarını artırırken İngilizler tarafından yıllarca önce planlanan bölgede yeni bir devlet olan Pakistan Devletinin temeli atıldı (Aralık 1947) (36).

(35) Baryali, A.M., Democratic Republic of Afganistan Annual, Government printing press, Kabul 1979, s. 7-30.

(36) Dupree, s. 485-490, Pakistan ulusu ile ilgili Rupert Emerson'un görüşü şöyle: "Çok yakın zamanlarda meydana gelen uluslar arasında en göze çarpıcı ve olağan üstü bir oluşum örneği Pakistan'dır. Böyle bir oluşmayı hemen hemen hiç kimse önceden kestiremediği, hatta bir çokları bunu mümkün bile görmedikleri halde, bir gün önce var olmayan bir ulus var olduğunu iddia etmekle (ya da küçük bir önderler grubunun iddia etmesiyle) adeta bir gece içinde ortaya çıktı. Genellikle kabul edilen ulus olma kıstaslarına göre, Pakistan ulusu diye bir şeyin mevcut olmadığı apaçıktır; bugünkü ya da hemen bir önceki Pakistanlı kuşaklar bile otuz-kırk yıl önce kendilerini bir ulus olarak görmüyorlar, belki arasına sadece mecazi anlamda bir ulus olmaktan söz ediyorlar..." Emerson, s. 94-95.

Afganistan ve Hindistan devletleri, Pakistan devletinin kurulmasını reddederek, orada yaşayan bağımsız kabilelerin eskisi gibi devamını istiyorlardı. Fakat bu tez ve girişimler sonuç vermemiş, batılı devletler tarafından benimsenmemiş ve Pakistan Devleti (Aralık 1947) Birleşmiş Milletlerin üyesi olmuştur (37).

Pakistan Devletinin kurulması ile Afganistan'da siyasal ve toplumsal faaliyetler ciddi biçimde artarak gelişmiştir. Bunun sonucu olarak zahir Şah'ın mutlak kraliyet dönemi kapanıp yerine 1964 tarihli meşrutî rejim Anayasası yürürlüğe girmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, rejimde meydana gelen değişiklik ve 1964 yılında yürürlüğe giren meşrutî Anayasa ilerici bir hareket, köklü bir davranış ve yapısal değişikliklerin simgesi ve müjdesi sayılmaz. Bu Anayasa halktan gelen bir yığın hareketi sayılmadığı gibi, tam bir meşrutî sistem de getirmemiştir. Devletin monarşik ve teokratik özelliği muhafaza edilmiştir. Kral parlamentoyu fesih edebilirdi. Sorumsuz ve kutsal (Tanrı gölgesi) olan Krala dokunmayan eski düzen ve gelenekler sürüyorlardı. Şimdi bu Anayasanın ana hatlarını kısaca inceleyelim.

1964 Anayasası 128 maddeden oluşmakta ve 13 bölüme ayrılmaktadır (38). Devletin şekli bağımsız bölünmez ve meşrutî bir krallıktır (Madde 1). Anayasaya göre egemenliği (Millî hakimiyeti) kral temsil etmektedir.

Kral Afganistan vatandaşı, müslüman ve Hanefî mezhebinden olmalıdır (Madde 8).

Kral meclislerin (millet meclisi-senato meclisi) olağan ve olağanüstü toplantılarını açar; kral meclisleri fesih edebilir (Madde 9). Seçimlerin yapılması, Başbakan ve Bakanların atanması, görevlerinden alınması, yüksek mahkeme üyelerinin atanması vs. Kralın emriyle gerçekleşir (Madde 9). Bütün vaazlarda kralın ismi (hutbesi) okunur (Madde 15-18). Kralın ölümü veya istifası halinde, kralın en büyük oğlu tahtına geçer, kralın oğlu yoksa en büyük erkek kardeşine geçer; kralın kardeşide yoksa saltanat kral Nadir Şah'ın ailesine geçer (Madde 19).

Meşrutî Anayasaya göre parlamento Afganistan halkının iradesiyle oluşturulur ve tüm milleti temsil eder. Afganistan halkı ülkenin siyasal hayatına parlamento aracılığıyla katılabilir (Madde 41). Parlamento seçimleri (millet meclisi için) serbest, gizli, tek dereceli ve genel oy esasına göre yapılır (madde 44).

(37) Dupree, s. 491.

(38) 1964 Anayasası ile ilgili geniş bilgi için Bkz. Amini, s. 51-60.

Sento meclisi üyelerinin üçte biri tecrübeli ve bilgili kişilerden kral tarafından 5 yıllık bir süre için seçilir; üçte biri (her vilayetten bir kişi) vilayetin idari meclisi üyelerinden 3 yıl için seçilir; üçte biri ise (her vilayetten bir kişi) o vilayetteki halk tarafından tek dereceli, gizli ve genel oy esasına göre 4 yıl için seçilir (madde 45).

Anayasaya göre hükümet millet meclisi karşısında sorumludur (madde 65). Meclislerin feshi halinde hükümet tarafından kanun hükmünde kararname çıkartılabilir; Kararname kralın onayı ile yürürlüğe girer. Kanun hükmünde kararnamelerin meclislerin çalışmalarına başladığı tarihten 30 gün içinde meclise sunulması gerekir (madde 77). Anayasaya göre hükümet üyeleri meclis üyeleri içinden veya dışından atanabilir. Eğer hükümet üyesi meclisi üyeleri içinden atanırsa, o üye milletvekilliği sıfatını kaybeder (madde 88). Afganistan'ın siyasal tarihinde şimdiye kadar Başbakan ve Bakanlar parlamento üyelerinden atanmamıştır. Bu görevleri kralın ve onun politikasına uygun olan kişiler yüklenmiş ve Bakanlar genelinde Kralın en yakın ve güvenilir kişilerden seçilmiştir.

Önceki kısımlarda belirttiğimiz gibi Afganistan'da saltanat ve hükümet görevleri bir ailenin üyeleri arasında paylaşılmakta ve yıllarca sürdürülmekteydi. Ülkenin tüm varlığı, kaynak ve nimetleri adeta bir aile çıkarı için seferber edilmiş, saltanat makamına ulaşmak için akrabalar, özellikle Davut Han ve Zahir Şah arasında gizlice büyük çekişmeler ve çatışmaları sebep olmuştur. Bu huzursuzluğu 1964 Anayasası son vermiş ve Bakanlar kurulunda kralın hısımları görev almaz ilkesi benimsenmiş ve değişmez. Başbakan Davut Han iktidardan düşürülmüştür.

Meşruti Anayasaya göre Bakanlar Kurulu millet meclisinden güven oyu almak zorundadır (Madde 89). Siyasal parti kurma ve siyasal faaliyetlerde bulunma hürriyeti ve ortamı yaratılmadığından dolayı, mecliste bir muhalefet grubu oluşmamış ve kral tarafından atanan tüm Başbakan ve Bakanlar ilk oturumda büyük bir çoğunlukla güven oyu alabilmişlerdir. Anayasaya göre Başbakan ve Bakanlar hükümet işlerinden dolayı şahsen ve hükümet politikasından genel olarak Meclis karşısında sorumludurlar. Bundan başka kraldan aldığı emir ve fermanlardan ayrıca sorumludurlar (Madde 96). Millet meclisi hükümeti denetleme yetkisine sahiptir (Madde 92).

Görüldüğü gibi bir taraftan meclis üyelerinin kişisel, bölgesel ve Kabile çıkarları, bir taraftan da kral ve ona bağlı çıkarıcı ve sömürücü çevrelerin menfaat ve keyfi istek ve davranışları sürerken yürütme organının etkinlik, tarafsızlık, bağımsızlık ve istikrardan bahis etmek mümkün değildir. Gerçekten de öyle olmuş; meşruti Anayasa döneminde bu farklı çıkarlar çatışması yüzünden 9 yılda

5 Başbakan görevinden istifa etmek zorunda kalmışlardır (39).

Meşrutî Anayasada yargı organı (madde 97-107) yüksek mahkeme ve diğer mahkemelerden oluşmakta ve görevlerini yasama ve yürütme organları yanında ifa ederdi (madde 97). Anayasa'ya göre yargıçlar Kazi-ul Kuzat=Yüksek mahkeme başkanı) teklifi ile Kral tarafından atanırlardı; görevden uzaklaştırılmaları da Kral tarafından yapılırdı (madde 101). Kazi-ul Kuzat ve 9 kişilik yüksek mahkeme üyeleri doğrudan doğruya kral tarafından atanırlardı (madde 105). Savcılık, soruşturma, kavuşturma, kanun yoluna gitme gibi hak ve yetkiler yargı erkinin dışında, tamamen yürütme ve idareye bırakılmıştır. Başka bir deyimle, mahkeme hükmünün kanuna aykırı olmasına rağmen, eğer vali istemezse savcı kanun yoluna gidemez, mahkemenin hükmü kanuna uygun olsa bile vali isterse kanun yoluna gidebilirdi. Yani temyiz yoluna gitme ve gitmeme valinin davranış ve keyfine bağlıdır (40).

1964 Meşrutî Anayasası siyasal parti kurma hak ve hürriyetini tanımıştır. Siyasal parti kurma yasası parlamento tarafından benimsenerek Kralın onayına sunulmuştur. Fakat kral ülkenin sosyal, siyasal ve ekonomik koşulların elverişli olmadığı gerekçesiyle bu yasayı onaylanmamış ve konu yasal güvenceye kavuşmamıştır. Afganistan halkı bu boşluğu illegal yol ve yöntemlerle kapatarak çeşitli ideolojik ve örgütsel faaliyetlere başlamışlardır.

DÖRDÜNCÜ ANAYASA (1977) (CUMHURİYET ANAYASASI)

Afganistan'da cumhuriyet rejimi 17 Temmuz 1973 tarihinde Kralın kız kardeşiyle evli ve yıllarca başbakanlık yapmış olan Davud Han tarafından ilan edilmiştir.

Davud Han Cumhuriyet rejimini ilan ederken Afganistan Halkına ilk radyo konuşmasında şu açıklamalarda bulunarak büyük vaatler vermiştir: "Kral'ın gaflet ve ehliyetsizliği yüzünden son zamanlarda fesad had safhasına varmış. Rüşvet, kaçakçılık başını almış yürümüştü. Aydınlarla baskı hızlandırılmıştı. Kendisine defalarca uyarıda bulundum, ama bir türlü sonuç alamıyordum. Evime çekilip yıllardan beri bu fesadı yok etmek için durmadan düşündüm. Birşeyler yapmalı idim, ön yıldan beri memleketin kurtuluşunun çarelerini arıyordum. Bugün bu fesad bitmiştir. Benimle beraber memleketin dertlerine çare bulmaya çalışan Cumhuriyetin kurulmasında fedakarlığını esirgemeyen silahlı kuvvetlerin kahraman evlatlarına şükranlarımı sunarım. Silahlı Kuvvetleri ve tüm milleti kutlarım. Cumhuriyet demek halkın çoğunluğunu teşkil eden çalışan emekçilerin

(39) Duppe, s. 754.

(40) Hail, Mohammed Amin, savcının hukuki mahiyeti ve ceza mahkemesindeki görev ve yetkileri, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara, 1974, s. 43, 103, 161.

yararına çalışmak demektir. Azınlık çıkarlarını savunan kral devrilmiştir. Krallık yıkılmıştır. Planlı bir ekonomi ile devletin yönetimi ve denetimi altında iktisadi kuruluşlar ve ticari ilişkiler yeniden düzenlenecektir. Amacımız memleketimizi kısa bir zamanda kalkındırarak, adaletsizliği ortadan kaldırmaktır. Kısa zamanda toprak reformuna başvurulacaktır. Halka demokratik ilkelere bağlı yeni anayasa verilecektir. Tüm vatansever, cumhuriyetçi, aydınlara sesleniyorum. İşte istediğiniz, özlediğiniz cumhuriyete gelin. Bize yardımcı olun, siz gençlere düşen görev ağır ve yorucudur. Ancak siz gençler cumhuriyeti kurabilirsiniz, sizleri görev başına çağırıyorum" (41).

Davud Han halka hitaben ilk radyo konuşmasında eski düzenin çürümüşlüğünden insanlık dışı uygulamalarına kadar büyük çapta suçlamalarda bulunmuştur. Halka bundan sonra iyi hizmetler yapacağına, önemli sosyal, ekonomik reformlar ve radikal değişiklikler yapacağına söz vermiştir.

Davud Han Afganistan halkına hitaben radyo konuşmasında "Artık ne sahte bir demokrasi olan monarşi rejimi, ne de ülkeyi iflasın eşiğine sürükleyen kokuşmuş hükümet var; onun yerini gerçek Cumhuriyet yönetimi almıştır. Ben ve çalışma arkadaşlarım Afganistan'ı gerçek ve tarafsız bir demokrasiye götürmeye söz veriyoruz. Ülkemizde uygulanan sahte demokrasi, kişiye ve sınıf menfaatlerini koruma temeli üzerine oturtulmuştur..." diyerek kendini insan hakları ve demokrasi yanlısı göstermiştir (42). Davud Han Cumhurbaşkanlığının yanı sıra Başbakanlığı, Dışişleri ve Milli Savunma Bakanlıklarını da kendisinin yüklediğini açıklıyordu.

Uygunsuzluk, rüşvet, devlet yönetiminde düzensizlik, fiat artışları almış yürümüş olan Afganistan'da sadece rejim değişikliğinin bütün bu dertlere çare bulacak bir çözüm yolu olmayacağına şüphe yoktur. Çünkü Davud Han'a Kral'dan hiç de iyi bir miras kalmamış; ülke yönetimi güçlü ve kiskanç bir derebeylik sistemine dayandığı için eski rejimin pürüzlerini ayıklamak ve acil bir çözüm bulmak hayli güç olacaktı.

Bütün az gelişmiş ülkelerde olduğu gibi Afganistan'da da okuma yazma oranı düşük, yetişkin personel kıt, millî dayanışma ve bilinç düşük düzeydedir. Böyle bir ülkede seçim ve demokrasi ilkelerine dayanan gelişmiş Cumhuriyet rejimini uygulamak ve rayına oturtmak gerçekten halkın çıkarına dönük bir kadro ve tabana gerek gösterir.

(41) Hitap Be Mardum-i Afganistan (Afganistan Halkına Demeç) (Devlet Matbaası, Kabul 1352-1973) s. 24-43, Undeclared war: Armed intervantion and other Forms. Of interference in the internol offars of the Democratic Republic of Afganistan (Govemtmoot priting press, kabul, 1980) s. 5-6.

(42) Hitab Be Marduni. Afganistan, s. 24-43.

Davud Han'ın meydana getirdiği Cumhuriyet bu özelliklerden uzak ve kağıt üzerine kaldı. Davud Han'da tüm iktidarı elinde tutmuş olanlar gibi bazı yenilik girişimlerinde bulunmuş, toprak reformunu gerçekleştirmek istemiştir; ne var ki yönetici kadroları ve dayandığı sınıfın yapısı bu girişimi güdük kılmıştır (43).

Kraliyet ailesine mensup olan M. Davud Han Cumhuriyet rejimini ilan etmesine rağmen, ülkede feodal egemenliğe son veremedi. Gerçi bir toprak reformu projesi getirdi; fakat feodal gericiliği aşır bu reform programını uygulayamadı. Kendisi de bir feodal aileden geldiği için iktidarın sınıfsal yapısını değiştiremedi. Böylece başlangıçta sulanmayan arazilerde 40, sulanan arazilerde ise 20 hektarlık limitle toprak mülkiyetini sınırlamak önerisiyle iş başına gelen Davud Han, sonuçta diğer feodallere teslim olarak Cumhuriyet ilkelerini, sosyal ve siyasal reformları unutarak onun yerine feodal ve bürokratların yararına bir diktatörlük ve despotizm düzeni sürdürmeye mecbur bırakılmıştır (44).

Davud Han demogoji politikasıyla halkın, özellikle ilerici kitlelerin destek ve işbirliğini sağlayarak bir süre oyalayabilmiştir. Fakat çok süre geçmeden onun gerçek kişiliği ve amacı ortaya çıkmıştır; şöyle ki vatan sever aydınlar işlerinden alınarak onların yerine feodal sınıfın temsilcileri ve eski kral dönemindeki bürokratlar yerleştirilmiştir. Davud Han bu tutumuyla halkı tamamen siyasal yaşamın dışında bırakarak anti demokratik ve despotça politikasını sürdürmüştür (45).

Özetlemek gerekirse diyebiliriz ki, "Davud Han tarafından meydana gelen Cumhuriyet rejimi ve yapılan girişimler, halkın yararına değil, halka karşı kullanmaya başladı. Toprak reformu iğdiş edildi ve büyük toprak sahiplerinin yararına uygulamaya kondu. Krallık döneminde olduğu gibi nüfusun büyük çoğunluğu topraksız kalmaya mahkum bırakıldı. Okuma yazma kampanyası durduruldu. Emekçilerin çocuklarının okuma olanaklarına yeniden set çekildi.

Ekonomik gelişme durdu, çalışabilir durumdaki nüfusun büyük bir kısmı işsizlikle karşı karşıya kaldı. Bunların bir kısmı İran ve Öteki Körfez ülkelerine iş aramaya göç ettiler, bir kısmı ise büyük toprak sahiplerinin köleleri olarak tarlalarda çalışmaya mahkum edildi. Yozlaşma, rüşvet arttı. Cumhuriyet yöneticileri eskisine oranla daha fazla rüşvet almakla tanındılar. 1977'deki sahte

(43) Dupree, s. 770, Undeclared war, a.g.e., s. 5.

(44) Dupree, s. 770-771.

(45) Undeclared war, s. 6.

seçimler ve düzmece Anayasa çıkarılması da bütün bunların üzerine tuz biber ekti (46).

Daha önce açıkladığımız gibi Afganistan'da cumhuriyet rejimi 17 Temmuz 1973 tarihinde ilan edildi. Cumhuriyet döneminin ilk kurucu meclisi (Loya Jirgah-Grand Asselmbly) 30 Ocak 1977 tarihinde toplanarak, 14 Şubat 1977 tarihinde ilk Afganistan cumhurbaşkanını (47) seçmiştir. Cumhurbaşkanı, 24 Şubat 1977 tarihinde hazırlanan cumhuriyet Anayasasını onaylayarak yürürlüğü koymuştur (48).

Cumhuriyet Anayasası yargı organının kuruluşunu 22.6.1978 tarihinde, millet meclisinin toplanması ve açılışını 22.11.1979 tarihinde öngörmüştür. Bu tarihlerden önceki uygulamalar bir intikal (devir, geçiş) devresi olarak sayılır ve yargı, yasama organlarının görevleri cumhurbaşkanı (hükümet) tarafından yerine getirilir (madde 124, 126).

Anayasanın öngördüğü bu intikal devresi bitmeden Davud Han tarafından kurulan cumhuriyet düzenine 27 Nisan 1978 tarihinde son verildi, Afganistan'da Sol görüşün egemenliği altında Demokratik Cumhuriyet yönetimi ilan edildi ve 1977 Cumhuriyet Anayasası bütün kurum ve kurallarıyla yürürlük kazanmadan yürürlükten kaldırılmış oldu.

Siyasal iktidara devir alan Demokratik Halk grubu, ülke yönetimini öngördüğü programlar, fermanlar ve son olarak çıkardığı geçici usullerle sürdürdü. Kısa sürede Afganistan halkının büyük tepkileriyle karşı karşıya kalan bu yöntem Sovyetler Birliğinin bütün destek ve müdahalelerine rağmen uzun ömürlü olmadı ve Afganistan halkı bu yönetime ve onun asıl destekçisi olan Sovyetler Birliğini dize getirmeyi başardı ve Sovyet askeri birlikleri dahil tüm uzmanlarıyla Afganistan'ı terk etmek zorunda kaldılar. Afgan silahlı grupları bütün imkansızlıklara ve zorluklara karşı Sovyetleri ülkeden çıkarmayı başarırken kendi yönetimine bir düzen için sürdürmeye yanaşmıyorlar ve yönetimin gereği olan sistematik bir hiyerarşiye girişmiyorlar, gruplar halinde bölgesel ve etnik durumlarına dikkati nazara alarak barışık halde değil ayrışık ve düşmanca bakmayı sürdürüyorlar.

(46) Undeclared war, s. 7.

(47) Krallık düzenini ortadan kaldıran, Kralın yakın akrabası ve kız kardeşiyle evli olan M. Davud Han kurucu Meclis tarafından Afganistan'ın Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir.

(48) Cumhuriyet Anayasasının ruhu ve ilkeleriyle ilgili geniş bilgi için Bkz. Amîni, s. 67-72.

ÜLKE BÖLÜCÜLÜĞÜ SUÇU

Dr. İlhan AKBULUT

lke BlclĞ suçu Türk Ceza Kanununun 125. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 125. maddesi Eski İtalyan CK.nun 104. maddesinin, Yeni İtalyan CK.nun ise, 241. maddesinin karşılığı olmaktadır. Türk Ceza Kanununun 125. maddesi şu şekildedir: "Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin hâkimiyeti altına koymağa veya devletin istiklâlini tenkise veya birliğini bozmaya veya devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya matuf bir fiili işleyen kimse ölüm cezası ile cezalandırılır."

Maddedeki bazı özelliklerden bahsetmekte yarar görmekteyiz:

a) TCK.nun 125. maddesinde "Kimse" kelimesi kullanılmış "Vatandaş" denilmemiş olduğundan, failin vatandaş veya yabancı olması önemli değildir. Yani bu suçu teb'a işleyebileceği gibi yabancı da işleyebilir (1). Ayrıca suçun failinin bir örgüt mensubu olması mutlaka gerekmez.

b) Maddedeki sayılan suçlardan birini işlemeğe yöneltilen bir fiilden maksat, adi hazırlık hareketleri olmayıp icra hareketleridir.

c) TCK. 125. maddedeki suça teşebbüs olmaz. "Matuf fiil" yapılışsa eylem tamamlanmış olup, öldürmeye teşebbüs edilmişse matuf fiil gerçekleşmiştir. Hakkında TCK. 125. madde uygulanır. Diğer bir deyişle, burada cezalandırılan hareket, maddede gösterilen suçlara matuf, "Devletin hayatını tehlikeye koyan icrai hareketler"dir. Yani burada gözönüne alınan husus, işlenen fiilin devletin varlığını tahlikeye koymuş olmasıdır.

d) Belli bir maksadı ve belli neticeleri meydana getirmeye elverişli fiilin işlenmiş olması halinde bu madde hükmü uygulanır. Neticenin meydana gelmesi şart değildir. Bu suç "tehlike suçu"dur. Ayrıca "şekli" suçlardandır.

e) Sadece fikri alanda kalmış bulunan, propaganda veya telkin seviyesini

(1) MAJNO, Ceza Kanunu şerhi, C. II, Ankara 1978, s. 5.; MANZINI, V., Trattado di Dritto Penale Italiano, Volume IV, Noma 1961, s. 22.; Vatandaşlık hakkında geniş bilgi için Bk. NOMER, E., Vatandaşlık Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 36.

aşmamış olan veya bızatıhi örgütlenmenin teşkili safha ve seviyesinde kalmış bulunan eylem maddede sözü edilen "Matuf bir fiil" unsurunu oluşturamaz. Zira belirttiğimiz eylemleri ayrıca cezalandıran hükümler Ceza Kanunu'nda başka maddelerde gösterilmiştir. O halde, "matuf bir fiil"den maksat; Devletin ege-menliğini ve bağımsızlığını zedeleyici, etkin eylemli hareketleri anlamak la-zımdır (2). Bu hareketlerin ne gibi fiillerden ibaret olduğu hususunda önceden birşey söylenemez. Bu hareketler şartlarına göre değişik olur. Sözgelimi merkezi devlet otoritesini berteraf ederek ve fiilen devletin vasfını oluşturan görevlerin icrasını imkansız hale getirerek fiili bir idare tesisine matuf hareketler bu ni-teliktedir. Sözgelimi polis, jandarma, hakim, savcı gibi devlet memurlarını öl-dürerek halkın kendilerinin oluşturduğu mahkemelere başvurmaları mec-buriyetini ortaya çıkaranlar devletin hakimiyeti altında bulunan toprakların bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya matuf bir fiil işlemiş olabilirler.

f) TCK.nun 125. maddesinde söz konusu olan suç "özel kast" gerektirir. Çok değişik şekillerde ortaya çıkabilecek eylemlerin, fiillerin maddenin gös-terdiği maksatlarla işlenmesi gerekir. Ezcümle TCK.nun 168. maddesi dairesinde faaliyette bulunmak üzere teşekkül eden böyle bir zümrede yer alan kişi TCK. 125. maddede sözü edilen "Matuf bir fiil" işleyen kimsenin hareketine TCK.nun 64. veya 65. madde delaletiyle şerik olarak katılmamışsa onun hakkında sadece 168. madde uygulanır. Ama 125. madde uygulanmaz. Çünkü, bu kişide 125. maddede yer alan maddi unsuru gerçekleştirme hususunda iştirak kasdı yoktur. Bu gibi kişilerde iştirak kast iradesi yani 125. maddenin cezalandırdığı eylemli hareketlere katılma iradesi mevcut değilse kendisinin 125. maddeden dolayı ce-zalandırılması söz konusu edilemez. Demek oluyor ki, 168. maddenin ce-zalandırdığı birleşmeye katılmış olan kişinin mensubu bulunduğu örgütün bazı üyeleri eylemleri ile 125. maddeyi ihlal etmişlerse bızatıhi örgüte katılmış olmak bunların fiillerinin de şerik'i sayılabilmek için yeterli değildir. Meselâ örgütün cebir ve zorlayıcı gücünden istifade ile örgütle birlikte bir eyleme katılan ancak, 125. maddede belirtilen özel kasdı taşımayan kimse hakkında TCK.nun 125. maddesine göre ceza verilemez.

g) TCK.nun 125. maddesinde yer alan suç seçimlik hareketli bir suçtur. Yani, yalnız birisi işlenirse suç teşekkül edeceği gibi hareketlerin bir kaçını aynı kişi tarafından işlenirse de yine tek bir suç işlenmiş sayılır.

Demekki bu suçlarda, genel olarak, fiilin tam cezası ile failin ce-zalandırılabilmesi için, icra hareketine başlanması kâfi görülmektedir. Yani te-şebbüs hali, tam cezanın tatbiki için yeterlidir.

Devletin varlığı ve varlığın bir unsuru olan vatan bütünlüğüne yönelik olan

(2) GÖZÜBÜYÜK, A.P., Türk Ceza Kanunu Açılması, İstanbul 1980, s. 515.

suçlarda neticenin tahakkukuna imkân bulunmadığı, zira tahakkuku halinde, artık cezalandırma imkânı kalmayacağı izahtan varestedir. Fiilin teşebbüs durumunda cezalandırılabilmesi, onun tehlikeli olduğu, düşüncesine ve hareketin belirli bir neticeyi doğurmaya uygun olması esasına dayanır. Tehlikenin vehameti nazara alınarak, böyle bir düzenlemeye gerek duyulduğu içtihatlarla ve bilimsel olarak kabul edilen bir gerçektir.

Suçun unsurlarının incelenmesine gelince;

1) Suçun Faili

Bu suçun bir Türk vatandaşı tarafından işlenmiş olması şart değildir. Zira 125. maddede "kimse" kelimesi kullanılmış "vatandaş" denilmemiş olduğundan, failin vatandaş veya yabancı olması önemli değildir (3). Yabancılar da bu suçu işlemiş olabilirler. Nitekim 7 Ağustos 1982 tarihinde Ankara'da meydana gelen Esenboğa Baskını olayında yabancı uyruklu bir kişi hakkında TCK.nun 125. maddesine göre karar verilmiştir (4).

2) Suçun Maddi Unsuru

TCK.nun 125. maddesinde yer alan cürmün maddi unsuru; "Devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelen fiillerdir." Devletin topraklarından bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya matuf fiiller ise memleketin bir parçasının devletin egemenliğinden ayrılarak ayrı bir idare kurulması veya başka bir devletin ülkesine katılması hedefini güden hareketlerdir. Bu suçun maddi unsurunun izahı bazı kavramların anlamının incelenmesi ile daha iyi anlaşılacaktır.

a. Ülke: Maddede kullanılan "Devlet Toprakları" tabirini devletin unsuru olan "ülke" anlamına almak gerekir (5). Mevzubahis edilen devletin ülkesidir. Bu itibarla ülkeye benzetilenler bu tabire dahil değildir. Ceza uygulaması bakımından ülke kavramı, gerçek ve farazi olmak üzere iki anlamı belirtir. Gerçek anlamda ülke, aynı bir egemenliğe tabi kişiler tarafından işgal edilmekte ve diğer komşu devletlerden sınırla ayrılmış bulunan toprak parçası ve bunun içindeki nehirler göller ve her türlü sulardır (6). Farazi anlamda ülke ise, devletin savaş gemileri, bazen yolcu ve yük gemileri ve askeri işgal altında bulunan yerlerdir. Bir devletin ülkesi, o devletin hakimiyet sahasıdır.

(3) GÖZÜBÜYÜK, A.P. age. s. 514; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, C. II; Hususi Hükümler, Ankara 1965, s. 12.

(4) Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 7.9.1982 gün ve 1982/296 E., 282 K. sayılı Gerekeçeli Hükümü.

(5) MANZINI, V., IV, s. 22.; EREM, F., age. s. 17; Ülke konusunda geniş bilgi için Bk. GÖZE, A. Devletin Ülke Unsuru, İstanbul 1959.

(6) DÖNMEZER, S. -ERMAN, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I, 7. Bası, İstanbul 1979, s. 263.

b. Yabancı Hakimiyet: Ülkenin tamamı veya bir kısmının yabancı bir devlet hakimiyeti altına sokulması, yabancı devlete ilhak edilmesidir. Diğer bir deyişle, bir devletin hakimiyetinin başka bir devlet tarafından alınmasıdır. Korunmakta olan ve kapitülasyon yönetimi altındaki devletler tam bağımsız değildirler (7).

c. Devlet ve İstiklâl: Devlet; Belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasi kuruluş"tur (8). Bir devletin diğerine nazaran tabii durumda olmaması halinde İstiklalden bahsedilebilir. Siyasi, adli, idari ve harici temsil bakımlarından bağımsızlık kaidedir.

Devlet, milletine karşı yöneltilen yasa dışı eylemlerden kendini ve milletini korumakla mükelleftir. Her ne kadar, bir bireye yöneltilen saldırı devletin ve milletin tamamını ya da bir kısmını hedef almış gibi kabul edilmezse de, aslında devletin ana görevlerinden birisi bireylerini korumak olduğundan, böyle bir saldırıyı önlemek ve cezalandırmak devletin mevcudiyeti açısından önemlidir. Bu konuda Christian SCHRÖDER, görüşlerini şu şekilde belirtmektedir: "...Devlet sahasına ve devletin halkına yönelik saldırılar, bunlar hem bir yabancı devlete zorla ilhak hem de fiziksel yoketme şeklinde olabilir. Her ne kadar ikinci seçenek hayali gibi görünüyorsa da, çağımızda halkların yok edilmesi konusunda acı gerçekler yaşadık ve atom bombası çağında halkların yok edilmesinin artık bir hayal ürünü olmadığını öğrendik. Yukarıda sayılan devletin yok edilmesi olanaklarına devletin kendi içinde parçalara bölünmesi de eklenebilir. Çoğunlukla bölünmeler sonucu küçülen devletin, önceki büyük devletin kişiliğini taşıdığını iddia etmek, politik maksatlı bir dışardan tanımlama olup, küçülen devleti eski büyük devletin sorumluluk ve yükümlülükleri altında sıkaca bağlamak maksadını taşır. Böylece Avusturya 1919 yılındaki ön muahede ile önceki ikili monarşinin, Türkiye'de 1923 yılındaki Lusanne sulh anlaşması ile Osmanlı İmparatorluğu'nun sorumluluk ve kişiliğini yüklenmiştir (9).

Demekki istiklâl; bir devletin kendi dahili ve harici işlerine diğer devletin müdahalesini berteraf etmek hakkıdır (10). Bu itibarla, ülke veya bunun bir kısmı üzerinde manda, himaye, kapitülasyon veya benzeri tabiiyet hallerinin ku-

(7) MANZINI, V. IV, s. 24.

(8) MANZINI, V. IV, s. 26.

(9) SCHRÖDER, Friedrich-Christian, Der Schutz Von Staat und Verfassung im Strafrecht, München 1970, s. 359.

(10) ÖZÜTÜRK, N., Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, C. I, Ankara 1966, s. 357; İstiklâl konusunda SCHRÖDER görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir; "İstiklâl, pozitif yasa da çok yönlü olarak korunmaktadır; bu hükümler, bağımsızlığın önüne alınmış olan devlet mevcudiyetini de birlikte kapsarlar, zira bunun için özel yasal tarifler çoğunlukla mevcut değildir. Bilhassa Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın 2. maddesinin 4. bendi başka bir devletin hükümlerlik sahasına ve bağımsızlığına saldırıyı yasaklamaktadır. Sovyetler Birliği CK.nun 1. maddesinde, İtalyan CK.nun 241. maddesinde, Alman CK.nun 86. maddesinde ve İsviçre CK.nunda bu koruma ayrıca bir yabancı müdahalenin önlenmesini de kapsar." Geniş bilgi için bk. SCHRÖDER, F.C. age. s. 366.

rulmasına matuf hareketler devletin istiklâlini tenkis sayılır. İstiklâlin tenkisi, daimi bir tabiiyeti icap ettirmez. Geçici bazı hallerde, mesela devletin gümrüklerinin veya inhisarlarının işgalinde de tenkis husule gelmiştir. Devletin "mali istiklâli" hususunda da aynı şekilde düşünmek icabeder.

"Devletin istiklâlini azaltmaya matuf fiiller" ise, Devletin egemenliğini ve bağımsızlığını zedeleyecek nitelikte olan hareketlerdir. Devletin Siyasi, idari ve adli denetimi dışında kalmak üzere süresiz imtiyazlar veya yabancı askeri kuvvetlerin yurt içinde aynı nitelikte yetkilerle bulundurulması gayesine matuf fiiller örnek olarak verilebilir (11).

d. Devletin Birliği: "Devletin birliğini bozma"ya yönelen fiiller devletin egemenliği yönünden ve özellikle siyasi, hukuki yapısı bakımından parçalamaya, bölmeye yönelen hareketlerdir. Meselâ devletin federe devletlere bölünmesine yönelen hareketler ve aşırı bölgecilik hareketleri örnek olarak gösterilebilir. Devletin birliğinin bölünmesi cezalandırma ile korunmaktadır (12).

e. Ülkeyi Ayırmak: Ülkenin bir parçasının devletin idaresinden ayrılmasına, ezcümle ayrı bir devlet haline gelmesine yönelen hareketlerle bu suç işlenmiş olur. Burada önemli olan nokta şudur: Devlet topraklarının bir kısmını yabancı bir devlet hakimiyeti altına koymağa yönelen fiilden ayrı olarak, eylemin "topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya" yönelen bir fiilin meydana gelmesi aranmaktadır. Bu konuda SCHRÖDER, görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: "...devletin hükümlerlik sahasının devletin korunmasına en önemli yasal hükümlerinden birisi olduğu da gayet tabidir. ...Devletin tüm hükümlerlik alanına saldırı olabildiği gibi, burada kısmi bir saldırı veya topraklardan bir kısmını koparma, "fiziksel bir zarar" ve "tahrip" söz konusu olabilir; mesela denizden kazanılmış toprakların su altında bırakılması veya barajların tahrip edilmesi gibi. Bu son durum Alman, İsviçre ve İtalyan ceza kanunlarında açıklıkla belirlenmiştir; zira burada "koparmak", "bölmek" veya "ayırmak" gibi çok özel tarifler vardır. Buna karşılık Sovyetler Birliği CK.nun 1. maddesinde "Bölgesel Dokunulmazlığa karşı eylemler" ve Fransız CK.nun 88. maddesinde "Devletin ülkesinin herhangi bir şekilde ziyana uğratılması" şeklinde bu eylemleri kapsamaktadırlar. ...Devlet ülkesindeki bir topluluğun kendi yaşadığı bölgenin de birlikte olarak, devletten kopmasını kabul edemez. Böyle bir kopma hakkı sosyal hukukta genellikle reddedilir" (13).

Demekki, devletin topraklarından bir bölümünü devlet idaresinden böl-

(11) GÖZÜBÜYÜK, A.P., age. s. 515.

(12) EREM, F., age. s. 18.; GÖZÜBÜYÜK, A.P., age. s. 515.

(13) SCHRÖDER, F.C., age. s. 369.

meye matuf fiiller; memleketin bir bölümünün devletin hakimiyet sahasından kopup farklı idare kurulması veya başka devletin ülkesine ilhâk edilmesi gayesini amaçlayan hareketlerdir.

f. Fiilin icrası: "Fiil" tabiri ile kanun icraf ve selbî hareketleri kastedmiştir. Başka bir tabirle maddedeki "fiil" basit bir konuşma, yazı yazma vs. anlamında bulunmayıp TCK.nun 61. maddesinde belirtildiği üzere icrai hareketin "vesaiti mahsusa" ile başlaması şarttır. Bu nedenle devlet hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik hareketlerin vesaiti mahsusa ile birlikte bulunması gerekmektedir. Kast olunan suç işleyebilmek için elverişli vasıtanın mevcut olmaması, 125. maddedeki suçun oluşabilmesine mani haldir. Maddede gösterilen suçlara matuf icrai hareketler suç sayılmış bulunduğundan ayrıca teşebbüs sözkonusu olamaz. Belirli bir amaca yönelik ve belirli neticeleri meydana getirmeye elverişli fiilin işlenmiş olması halinde madde hükmü tatbik edilecektir. Burada gözönünde tutulması gereken husus, işlenen fiilin devletin varlığını tehlikeye koymuş olmasıdır. Gerçek tehlike yaratmayan hareketlerin TCK.nun 125. maddesi açısından suç teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir (14).

İştirak haline gelince; Yapmak ya da yapmamak şeklindeki bir davranışı ile ceza normunun koruduğu hukuki bir menfaati ihlâl eden; bu davranışıyla ceza normunun kapsamına giren faile aslî; Bu tipik fiilin icrasını teşvik, suç işleme kararını takviye, yardım, talimat gibi davranışlarıyla doğrudan doğruya değilde dolaylı olarak kolaylaştıran ya da aslî failin davranışlarına bu davranışlarından biriyle katılan faile de fer'i fail denir (15). Kanununun suç saydığı bir fiili tek kişinin icra etmesi mümkün olduğu zaman bu tür suçlara "tek failli suçlar", bir normu ihlal etmek için birden fazla kişinin bulunması gereken suçlara da "çok failli suçlar" denir. Örneğin kavga suçu böyle bir suç türüdür. Bunun konumuzla ilgisi şu noktada kendisini gösterir. Bir suçun oluşmasında kanun birden fazla kişinin bulunmasını öngörmüş ise bu tür suçlara iştirak ya da katılma sözkonusu olamaz. Öyle ise iştiraktan söz edebilmek için suçun tek failli bir suç olması gerekir.

TCK.nun birinci kitabının altıncı babında "Cürüm ve kabahatte iştirak" başlığı altında aslî fail, fer'i fail yani iştirak hükümleri düzenlenmiştir. TCK.nun 65. maddesinde iştirak hükümleri düzenlenmiştir. TCK.nun 65. maddesi iştirak

(14) As. Yargıtay Daireler Kurulu'nun 23.5.1985 gün ve 1985/100 E., 100 K. sayılı ilamına göre: "sanığın mensup olduğu örgütün amacı, devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırarak bağımsız bir Kürt devleti kurmak olduğuna göre buna yönelmiş kanunun ifadesiyle matuf olan özellikle tren soygununa teşebbüs ve bu arada jandarma erinin silahının gasbı olayı mahiyet itibarıyla ciddi tehlike yaratacak nitelikte olduğundan sanığın fiillerini TCK.nun 125. maddesi içerisinde değerlendiren mahkemenin direnme kararında isabet bulunduğu..." denilmektedir. Bk. Askeri Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı: 4, Ankara 1986, s. 59.

(15) DÖNMEZER, S. - ERMAN, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Kanunu, C. II, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 543.

hükümlerini düzenlerken fer'i faili prensip olarak fiili doğrudan doğruya irtikâp eden asli maddi failden ayırmış ve bu ayırımı da cezalandırma farkı ile göstermiştir. 65. maddenin birinci bendinde "suç işlemeye teşvik" fer'i failiğin bir türü olarak zikredilmiştir.

TCK.nun 125. maddesinin "serbest hareketli" bir suç, keza "şekil" ve "tehlike suçu" olması sebebiyle, bu suça iştirakin her çeşidi mümkündür (16).

ALPASLAN, 125. madde ile ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır: "125. madde ile ilgili olarak TCK. 168, 171, 172. maddelerine de değinmek gerekir. TCK.nun 168. maddesi "Her kim 125... maddelerde yazılı cürümleri işlemek için silahlı cemiyet teşkil eder, yahut böyle bir cemiyet ve çetede amirliği ve kumandayı ve hususi bir vazifeyi haiz olursa...demekte ve müeyyideyi belirlemektedir. Bu hüküm ile devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğünü parçalamayı amaçlayan silahlı cemiyetleri kuranlar ve bu gibi cemiyetlerde emir kumanda veya sair görev alanlar cezalandırılmaktadır. 171. maddede ise yine 125. maddedeki cürümlerden birini veya bazılarını "hususî vasıtalarla" işlemek üzere birkaç kişinin "gizlice ittifak" etmesi cezalandırılmaktadır. Bu hükmün uygulanabilmesi için faillerin... gayede ve vasıtada anlaşmış olmalarının şart olduğu... belirtilmiş, faillerin cürmü işleme biçimini ve kullanacakları vasıtaları tayin etmiş olmalarının da gerektiği ifade edilmiştir (17).

3) Suçun Manevi Unsuru

Devletin şahsiyetine karşı cürümler genel olarak incelendiğinde çoğunluğunda genel kast suçun oluşmasında yeterli görülmektedir. Ancak kanun çeşitli yerlerde genel kastı yeterli görmemiş suçun "tekâmülü için özel kast aranmış, kimi yerlerde de kasten işlenebilecek bir suçun taksirle işlenebileceğini de ceza normu ile hüküm altına almıştır.

TCK.nun 125. maddedeki suçun manevi unsuru, özel kasıt ve belli saiktir. Maddede gösterilen fiiller matuf saik altında ve bu saiklerin hedefi olan kasıtle işlenmiş olmaları şarttır (18).

- (16) ALPASLAN, Ş. *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik*, İstanbul 1983, s. 116.; MANZINI, teşvikçinin de suçu işleyen gibi ceza göreceğini belirtmektedir. Bk. MANZINI, V., age. s. 32.
- (17) ALPASLAN, Ş., age. s. 115, Ayrıca Bk. ÖZÜTÜRK N. *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, C. I, Ankara 1966, s. 525.; Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 9.10.1986 gün ve 1986/116 E. 1986/86 K. sayılı ilamında şöyle denilmektedir: "örgüt militanlarına iltica eden ve bu şahıslarla silahlı olarak dolaşım ve güvenlik kuvvetleriyle yaptıkları müsademe sonucunda bir jandarma erinin ölümüne iştirak eden sanığın fiilin TCK.nun 125. maddesi içinde değerlendirilmesi gerekir". Bk. Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, Sayı: 5, Ankara 1987.
- (18) GÖZÜBÜYÜK, A.P. age. s. 515.; EREM, F. age. s. 18, ÖZÜTÜRK, N. age. s. 358.; MANZINI, V., IV, s. 32.; ÖZEK, Ç., *Türk Ceza Kanununun 50. Yılında Devlete Karşı Suçlar*, TCK.nun 50 yılı ve Geleceği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Yayını, İstanbul 1977, s. 499.

MECELLE'DE İSTİHKÂK DAVASI

Dr. Osman KAŞIKÇI (*)

1. Genel Olarak Mecelle

Bilindiği üzere Mecelle, 1868-1876 yılları arasında kitaplar halinde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan İslâm - Osmanlı özel hukukunun bir kısmını tedvin eden bir kanundur (1). İslâm hukukunda istihkak davası yerine Mecelle'de istihkak davası kavramını kullanmamızın bir kaç sebebi vardır. Bunların başında şüphesiz Mecelle'nin derli toplu bir kanun olması gelmektedir. Gerçekten İslâm hukuku, niteliği gereği konuları biraz dağınık bir şekilde ele almıştır. Mecelle ise hemen hemen modern kanunların sistematiğine uygun şekilde İslâm hukukunu sistematik bir şekilde tedvin etmeye çalışmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere Mecelle, yeni hükümler getirmeyip var, fakat dağınık olan İslâm hukuku kurallarını bir araya toplamıştır. Ayrıca Mecelle, yüzyıllar boyunca İslâm-Türk devletlerince tatbik edilen hanefî mezhebi içerisindeki en muteber görüşleri esas aldığı için ihtilaflardan arınmış ve uygulanmış olan hususları içermektedir (2).

(*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

- (1) Mecelle hakkında geniş bilgi için bkz. Mardin, Ebulülâ: Medeni Hukuk Cephesinden Cevdet Paşa, İstanbul 1946, s. 171 vd; Mardin, Ebulülâ: Mecelle, İslâm Ansiklopedisi; Onar, S. Sami: İslâm ve Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Kodification'u Mecelle, İÜHFİM, C. XX, S. 1-4, Sene 1954 nüshasından ayrı basım, s. 1 vd.; Öztürk, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 108 vd.; Ahmed Nazif: Teceddüt-Tekamül Mecelle Meselesi, Sebülürreşat, 1339, S. 579, s. 99 vd.; Celâl Nuri: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 64, s. 1384 vd.; Küçük Hamdi: Mecelle Hakkında, Sırat-ı Müstakim, 1339, S. 577, s. 77 vd.; Mustafa Asım: Mecelle Meselesi, İçtihat Dergisi, 1329, S. 65, s. 1417 vd.; Velidedeğlü, H. Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın 100. Yıldönümü Münasebeti İle Neşredilen Kitaptan Alınmış Ayrı Baskı, İstanbul 1940, s. 51 vd.; Türk Medeni Hukuku, C. 1, Cüz. 1, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul 1956, s. 64 vd.; Yavuz, Hulusi: Mecellenin Tedvini ve Cevdet Paşa'nın Hizmetleri, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 85 vd vd.; Aydın M. Akif: Bir Hukukçu Olarak Ahmet Cevdet Paşa, Ahmet Cevdet Paşa Semineri, Bildiriler, İstanbul 1986, s. 32 vd.; Aydın, M. Akif: Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX'dan ayrı basım, İstanbul 1989, s. 31; Kahraman, Hayrettin: İslâm Hukuk Tarihi, İzmir 1974, s. 201 vd., Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmet: Türk-İslâm Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul 1990, s. 155 vd.
- (2) Coulson, N. J.: A History Of Islamic Law, Edinburg 1964, s. 151; Mardin, Ebulülâ: Development of the Şari'a Under the Ottoman Empire, Law in the Middle East, Edited By. Majid Khadduri and Herbert J. Liebesni Vol. 1, Origin and Development of Islamic Law, Washington, D. C. 1955, s. 288; Onar, s. 1 vd.; Yavuz, Hulusi: The Compilation Of The First Ottoman Civil Code, İslâm Tetkikleri Dergisi, C. VIII'den ayrı basım, İstanbul 1984, s. 89.

2. Kavramın Tanıtılması

Günümüz hukukunda malikin haksız zilyetten malını geri almak için açtığı davaya istihkak davası denmektedir (3). Mecelle'de istihkak davası yerine mülk davasından söz edilmiştir (m. 1757-1760) (4). Bununla birlikte istihkak talebinde bulunan anlamında müstehuk kavramına da yer verilmiştir (m. 1746). Aslında mülk davası kavramı maksadı daha net bir şekilde ifade etmektedir. Çünkü istihkak, hak istemek, hak sahibi olmak hali, hak kazanma gibi anlamlara gelen (5), bu sebeple de sadece malikin değil haklı zilyedin haksız zilyede karşı açtığı zilyetliğe haklılık (menkul) davasını da içeren geniş bir kavramdır (6). Oysa mülk davasında davacı, yalnız maliktir ve malik, mülkiyet hakkına dayanarak haksız zilyede karşı açtığı malının iadesi için bu davayı açmaktadır. Başka bir ifade ile mülk davasının amacı, malikin mülküne vasıtasız olarak zilyet olmasını sağlamaktır. Oysa istihkak davası isminden de anlaşılacağı üzere haklılık davasıdır. O halde mülk davası, istihkak davasının bir alt kavramı olup, şu şekilde formüle edilebilir. Her istihkak davası mülk davası değildir, fakat her mülk davası bir istihkak davasıdır. Bununla birlikte fıkıh kitaplarında da istihkak kavramı kullanıldığı için (7) biz de istihkak davası kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.

3. Konunun Düzenlenişi

Mecelle'de de istihkak davası, belirli bir başlık altında düzenlenmemiştir. Sadece konuya ispat açısından "Kitab'ül-Beyyinat vet-Tahli'f'de yer verilmiştir. Ayrıca Mecelle Cemiyeti, dağıtılmadan önce istihkak mevzuunun ayrı bir kitap halinde hazırlanarak yürürlüğe girmesini kararlaştırmış, fakat söz konusu cemiyetin toplantıları tatil edildiği için istihkak kitabı kanunlaşmamıştır (8). Üzerinde kimin hazırladığına ilişkin bir işaret olmamakla birlikte Ali Haydar Efendi tarafından hazırladığı yazarın başka bir eserinden anlaşılmaktadır (9). Arşivde yaptığımız araştırmalar sonucunda Ali Haydar Efendinin sözünü ettiği istihkakla ilgili belgeleri elde ettik. Transkribini ve orijinalini metnin sonuna ekleyeceğimiz belgede sadece istihkak davasının konusu üzerinde durulmaktadır (10). İstihkak

(3) Oğuzman, K./Selçü Ö.: Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 272 vd; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, C. 2, Konya 1993, s. 79-83.

(4) Ali Haydar: Dürer'ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. 4, İstanbul 1330, s. 372.

(5) Türk Hukuk Lügatı: İstihkak; Özcan, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk ve Kanun Deyimleri Sözlüğü, Ankara 1975, İstihkâk; Altay, Şakir: Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1962, İstihkak; Sungurbey, İsmet: Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1966, İstihkak.

(6) Menkul davası ile istihkak davası arasındaki fark için bkz. Görgün, Şanal: İflasta İstihkak Davası, Ankara 1977, s. 11.

(7) Kâsâni: Bedâ'üs-Senâi Fî Tertib-iş-Şeraif, C. 7, Beyrut 1974, s. 23 vd; İbn-i Rüşd (Ter. Ahmet Meylanî) Bidayet'ül-Müçtehid ve Nihayet'ül-Muktesid, C. 4, İstanbul 1991, s. 101; Zuhayli, Vehbe: (Ter. A. Efe, B. Eryarsoy, F. Ulus, A. Ural, Y.V. Yavuz, N. Yıldız) İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, C. 6, İstanbul 1994, s. 449.

(8) BOA, Dosya Usulî İdareler Tasnifi, Esas No: 49/11, Gömlek No: 5/29.

(9) Ali Haydar, Mecmuat'ül-Cedide, İstanbul 1332, s. 1 vd.

(10) Bkz. metnin sonundaki belge.

davası ile ilgili olarak Mecelle'de usule ilişkin hususlara yer verilmiş olması konuyu bir bütün haline getirmektedir. Bu sebeple Türk Tarihine önemli katkıları olacağını düşündüğümüz belgeyi burada Mecelle'deki hükümlerle birlikte değerlendireceğiz.

Ayrıca Kitab'l-Gasb vel-İtlaf ta yer verilen hükümlerden gerçek malikin açtığı yedin iadesi ve tazminat davası ile ilgili hükümlerden istihkak davasının niteliğine uygun olan hususlar da vardır. Bu sebeple istihkak davasında söz konusu hükümlerden de yararlanmak mümkündür. Zaten Mecelle'de malik olanlardan başkalarının açabilecekleri iade ve tazminat davaları ilgili kitaplarda ayrı ayrı incelenmiştir (11). Ayrıca Mecelle haksız zilyedi korumamaktadır. Bu sebeple gasb ve itlaf kitabındaki gasbla ilgili hususların hemen tamamının istihkak davası ile ilgili olduğu söylenebilir. Zaten istihkak davası, malikin elinden malının hem rıza ile hem de rızası dışında çıkması hallerini kapsamaktadır. Bu sebeple istihkak davası ile ilgili hususların önemli bir kısmına gasbla ilgili hükümler arasında yer verildiği söylenebilir.

3- İstihkak Davasının Çeşitleri

İstihkak davasını, mülkiyeti tamamen sona erdiren ve zilyetliği esas malike iade eden istihkak davası olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür (12). Mülkiyeti tamamen ortadan kaldıran istihkak davası, sadece kölelerin hürriyete kavuşması ile ilgilidir. Buna göre bir kimsenin satın aldığı köle, daha sonra hür insan olduğunu dava ve ispat etse o kimsenin hür olduğuna hükm olunur. Çünkü insanlarda hürriyet asıl esaret ise istisnaî bir durumdur. Bu sebeple hür olduğunu ispat eden bir kimsenin artık hiç bir şekilde köleliğine hükm olunamaz. Söz konusu köle bir kaç defa satıma konu olmuş ise, bayiler arasındaki daha önce kurulmuş olan satım akti hakimnin hükmüne gerek kalmadan kendiliğinden sona erer ve herbir müşteri bayiinden vermiş olduğu ücreti geri alabilir.

Zilyetliğin gerçek malike geçmesine sağlayan istihkak davası ise, bir kimsenin rızası dışında elinden çıkan malının kendisine iadesini sağlayan bir davadır. Bu davada mülkiyet sona ermeyip, sadece mal haksız zilyetten haklı zilyede (malike) iade edilmektedir. Esasen istihkak davası deyince akla gelen bu sonuncu davadır. Bu sebeple incelememizin temelini de bu nevi istihkak davası oluşturmaktadır. Bu anlamda istihkak davasını da kendi içerisinde ikiye ayırarak incelemek gerekir. İstihkak davasına konu olan şeyde istihkakin elde ediliş şekli belirtilmiyorsa buna mülk-i mutlak, sebep belirtiliyorsa buna mülk-i mukayyed veya mülk-i bisebep davası denmektedir (m. 1678) (13). Ayrıca istihkak davasında malik olma tarihi belirtilip belirtilmemesine göre de mülk-i müverrah

(11) Mesela rehnin rehin alan kimsenin elinde iken başka birisi tarafından gasb veya itlafı durumunda rehin alan yedin iadesi veya tazminat davası açabilir (m. 742).

(12) Zuhayli, 6/449.

(13) Ali Haydar, 4/372.

ve mülk-i gayr-ı müverrah davası olmak üzere ikili bir ayırım yapılabilir (m. 1757, 1760).

4- İstihkak Davasında Yargılama

a) Tarafları

aa) Davacı

İstihkak davasında davacı sadece maliktir. Bu sebeple zilyetliği mülkiyetten başka bir sebebe dayanan (emanet, ariyet, rehin gibi) kimseler mülkiyete dayanan istihkak davası değil yedin iadesi davası açabilirler. İstihkak davası açan malikin söz konusu malın mülkiyetini kazanış şekli önemli değildir. Miras, satım veya hibe ile mülkiyeti kazanmış olabilir. Birden fazla kişinin bir şeye birlikte (müşterek veya iştirak halinde) malik olmaları durumunda hissedarlardan her birisi istihkak davası açabilir. Ancak iştirak halinde mülkiyette ortaklardan birisi istihkak davası açtığı ve talep doğrultusunda karar verildiği takdirde davacı ortak sadece kendi hissesini teslim alabilir (m. 1101).

bb) Davalı

İstihkak davasında davalı, haksız zilyettir (m. 1635) (14). Bu sebeple bir mal satılıp teslim edildikten sonra istihkak iddia edilse davalı, müşteridir. Ancak satılıp da teslim edilmeyen bir anda istihkak iddiası ile dava açılrsa, bayi zilyet ve müşteri de malik olarak dava arkadaşı olurlar (m. 1636) (15).

İştirak halinde mülkiyette ortaklardan birisi davalı olarak gösterilebilir. Davalı olan tereke ise ve mirasçılardan birisi davalı gösterilmiş ise, davalı mirasçının ikrarı sadece kendisine bağlar, fakat iddia başka delillerle ispat edilirse bütün mirasçıları bağlar. Ayrıca terekeye dahil olan bir aynda istihkak iddia edildiği takdirde, sadece o ayının zilyedi olan mirasçının davalı olarak gösterilmesi lazım ve kafidir (m. 1642) (16).

Buna mukabil müşterek mülkiyette ortaklardan birisi davalı gösterilerek talep doğrultusunda alınan karar, sadece davalı ortağı bağlar. Zaten müşterek mülkiyette ortaklardan birisi diğerinin hissesindeki istihkak davasında davalı olarak gösterilmez (m. 1643).

b) Konusu

Her türlü mal istihkak davasına konu olabilir. Bilindiği üzere Mecelle'ye göre mal, insanın yaratılışı gereği kendisine meylettiği ve ihtiyaç vakti için biriktirebilen şeylerdir. Bunlar menkul olabileceği gibi gayrimenkul de olabilir (m. 126) (17). Ancak Mecelle'nin satın akti ile ilgili prensiplerinden hareketle söz

(14) Zuhayli, 6/450.

(15) Ali Haydar, 4/255.

(16) Ali Haydar, 4/280 vd.

(17) Ali Haydar, 4/327.

konusu malın mütekavvim olması gerektiği söylenebilir. Mal-ı mütekavvim, kendisinden yararlanılmasında hukuken bir sakınca olmayan ve elde edilmiş (mührez) mal demektir (m. 127). Buna göre hür bir insan, ölü hayvan ve domuz gibi dinen alım satımı yasak olan şeyler ile denizdeki balıklar gibi henüz elde edilmemiş mallar istihkak davasına konu olmazlar (18). Yukarıda da belirtildiği üzere hür bir insan her nasılsa bir satıma konu olmuş ise hür insan olduğunu iddia ve ispat ederek hürriyetine kavuşabilir.

Mecelle'ye göre mürur-ı zaman, hakkı sona erdirmese veya mülkü iktisab sebebi olmasa da dava açma hakkını sona erdirmektedir. Buna göre bir şeye nizasız ve fasılasız olarak 15 yıl mülkiyet kasdı ile zilyed olan kimse bu şeyin maliki olacağından ona karşı istihkak davası açılmayacaktır (m. 1660). Mürur-ı zaman, mutasarrıfa dava açılabilir andan itibaren işlemeye başlar (m. 1667). Dava açma hakkı mirasçılara intikal ettiği için zamanın bir kısmı muris diğer kısmı da mirasçılarda zamanında geçmesi mümkündür (1970). Aynı şekilde bayi ile müşteri, hibe eden ile hibeyi kabul eden kimse de mirasçılar gibidir (m. 1671). Yukarıda belirtilen sürelerde dava açılmış olması mürur-ı zamanı keser (m. 1666). Burada önemle belirtmek gerekir ki, mürur-ı zaman müddeti geçmiş olmasına rağmen bir kimse zilyedi olduğu şeyin davacıya ait olduğunu hakim huzurunda ikrar etse o şeyi davacıya vermek zorundadır (m. 1674).

Tenakuz istihkak davasına manidir (m. 1647). Mesela bir kimse bir yerin başka birisine ait olduğunu beyan ettikten sonra, aynı yerin kendi mülkü olduğunu iddia ve dava etmesi durumunda davası dinlenmez. Hatta söz konusu davada vekalet veya vesayet yolu ile de davacı olamaz (m. 1648).

c) İstihkak Davasında İspat

İstihkak davasında ispat yükü davacının üzerindedir. Davacı, dava konusu şeyin maliki olduğunu ve malın haksız bir şekilde davalının zilyedliğinde bulunduğunu ispat etmek zorundadır. Davacı davasını kural olarak her türlü delil ile ispat edebilir. Ancak bir kimsenin satın aldığı bir malda istihkak iddia ve ispat edilerek elinden alındığı takdirde, o kimsenin bayiiine başvurarak semenin iadesini talep edebilmesi için istihkak iddiasının yazılı delil veya şahitler ile ispat edilmiş olması gerekir. İstihkak, eğer müşterinin ikrarı ile veya yeminden kaçınması ile sabit olursa bu suretde müşteri semeni bayiden geri isteyemez. Zira ikrar sadece ikrarda bulunana bağlayıp başkasının hakkına delil ve hüccet olamaz (m. 1754).

İstihkak davasında malik olma tarihi önemlidir. Bu sebeple bir kimse bir şeyin bir yıldır maliki olduğunu ancak onu kaybettiğini dava ettiği takdirde, başka bir kimse aynı mala iki yıldır malik olduğunu iddia etse, daha önceki davaya

(18) Ali Haydar, 1/229; Ansay, S. Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1958, s. 89.

devam edilmekle birlikte sonuçta iki yıldır malik olan ispat ederse mal ona verilir (m. 1760). Tarih beyan olunmayan istihkak davasında zilyet olmayan kimsenin beyyinesi esas alınır. Mesela bir kimse başka bir kimsenin zilyetliğinde olan bir malın kendisinin olduğunu iddia ve ispat etse, zilyet olan kimse de kendisinin gerçek malik olduğu için zilyet olduğunu iddia etse, bu takdirde zilyet olmayan kimsenin beyyinesi esas alınır (m. 1757). Bu durum alım satım gibi bir sebeple söz konusu mala malik olunması durumunda söz konusudur (m. 1758). Buna mukabil istihkak iddiası yavrulama (nitac) gibi tekerrürü mümkün olmayan bir sebebe dayanıyorsa bu takdirde zilyedin beyyinesi tercih edilir (m. 1759). Ayrıca burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da bir mala tek başına malik olma iddiasının birlikte malik olma iddiasına tercih edileceğidir. Gerçekten mesela iki kişiden birisi bir mala tek başına malik olduğunu diğeri de birlikte malik olduklarını iddia ve ispat etse tek başına malik olanın iddiası kabul olunur (m. 1756).

İstihkak davasında iyiniyetli olmak şart değildir. Bu sebeple mesela bir kimse kendi mülkü olduğunu söyleyerek bir malı başka bir kimseye satarken akit meclisinde bulunup da, hiç bir özrü olmadığı halde sükut eden kimse daha sonra söz konusu malda istihkak iddia edebilir. Ancak sükut eden kimsenin bayiin miras hakkına sahip yakını olmaması şarttır. Ayrıca müşterinin söz konusu malda malik gibi tasarrufu ettiğini bildiği halde özürsüz olarak sükut eden kimsenin sonradan istihkak iddiasında bulunması durumunda davası dinlenmez (m. 1659) (19).

Aynı şekilde istihkak davasından sonraki semenin iadesi davasında iyiniyetin önemi yoktur. Başka bir ifade ile başkasına ait olduğunu bilerek bir şeyi satın alan kimse (müşteri), hak sahibinin istihkak iddia ve ispat ederek malını geri alması durumunda, müşteri semeni bayiden geri alabilir.

d) Hükmü

İstihkak davasında haklı olduğunu ispat eden malik, haksız zilyetden malını geri almaya hak kazanır. İstihkak davası çok defa tazminat davası ile birlikte açıldığı için ikisini birlikte incelemek gerekecektir. Söz konusu mal gayr-ı menkul ise haksız zilyet onun üzerinde herhangi bir değişiklik yapmadan malike iade etmesi gerekir. Eğer haksız zilyet, istihkak davasına konu olan mal üzerinde kendi iradesi ile bir değişiklik yapar ve bu değişiklik gayr-ı menkulün değerinin düşmesine sebep olursa bu zararı tazmin etmek zorundadır (m. 905). Ayrıca haksız zilyet gayr-ı menkul üzerinde bina yapsa veya ağaç dikse bunları kaldırarak gayr-ı menkulü teslim eder (m. 906). Bununla birlikte bina ve ağaçların kaldırılması gayr-ı menkule zarar verecekse müstehikul-kal' (yıkıldıkları veya söküldükleri takdirdeki ücretlerinden yıkma veya sökme ücretleri düşülerek elde

(19) H. Reşit Paşa: Ruh'ul-Mecelle C. 7, İstanbul 1328, s. 221-223.

edilen bedel<m.885>)leri verilerek bina veya ağaçlarla birlikte iadeleri sağlar. Ancak haksız zilyet iyiniyetli ise, kendisinin hak sahibi olduğunu zannederek bina veya ağaçları dikmiş ve bunların bedeli gayr-ı menkulün bedelinden azla ise, bu takdirde bina veya ağaçların sahibi gayr-ı menkulün bedelini vererek ona da malik olur (m. 906). Görüldüğü üzere burada iki önemli husus vardır. Bunlardan ilki haksız zilyedin iyi niyetli olması, ikincisi ise, gayr-ı menkulün üzerine yaptıklarının gayr-ı menkulün değerinden fazla olması. Bunun en güzel misalini bir kimseye babasından miras kalan arsaya, arsanın değerinden fazla değerinde bir bina yapması fakat sonradan başka birisinin arsa üzerinde istihkak iddiasında bulunarak arsayı alması teşkil eder.

İstihkak davasına konu olan mal menkul ise, mal aynen mevcut ise malikine iade edilmesi gerekir (m. 890). Malın aynen iadesi durumunda haksız zilyede bir şey lazım gelmez (m. 892). Haksız olarak zilyetliği elde edilen menkul mal haksız zilyedin hareketi sonucunda veya herhangi bir hareketi sonucunda veya herhangi bir hareketi olmadan telef olacak olsa, söz konusu mal, tıpkısı bulunabilen mallardan ise tıpkısını, tıpkısı bulunmayan mallardan ise haksız zilyet olduğu andaki değerini tazmin etmek zorudur (m. 891). Haksız olarak zilyet olunan mal, meyve veya zebze gibi şeylerden olup da haksız zilyedin elinde iken korumak suretiyle şekli ve diğer özellikleri değişirse mal sahibi malı aynen kabul edebileceği gibi bedelinin tazminini de talep edebilir (m. 897, 899). Aynı şekilde haksız zilyet malda bir fazlalık meydana getirdiği takdirde mal sahibi dilerse malı kabul eder ve fazlalığın bedelini verir, dilerse malını tazmin ettirir (m. 898).

Haksız olarak zilyet olunan malda kendiliğinden meydana gelen fazlalık sahibine aittir (m. 903). Ancak söz konusu fazlalığın iktisabında istihkak davasının mutlak veya mukayyet olmasının önemi vardır. Mutfak istihkak davasında fazlalığın tamamı gerçek malike ait olurken, mukayyet istihkak davasında gerçek malikin hakları belirttiği sebebin vakti ile sınırlıdır. Mesela istihkak davasına konu olan malın üç yıl önce başka birisinden satın alındığı beyan edilerek istihkak davası açılması durumunda (mülk-i mukayyed), malik ancak üç yıllık semereye malik olacaktır. Oysa sadece malik olduğunu iddia ve ispat ettiği takdirde söz konusu malın bütün semelerine malik olacaktır (20).

Haksız zilyetliğin elde edilmiş şekli önemli değildir. Bu açıdan kendisine mal emanet edilen kimsenin emaneti inkar etmesi ile (m. 901), bir malı malikinin rızası dunda alan (gâsıp) veya gasıbdan gasb arasında fark yoktur. Sadece sonuncu halde davanın niteliği değişir. Bu durumda malik ayının iadesi için sonuncu gasıba müracaat etmek zorundadır. İlk gasıba ancak tazminat davası açabilir (m. 910).

Bir malın bir kısmında istihkak iddia edildiği takdirde geriye kalan kısmı

açısından bu bir kusur değilse, müşteri geri kalan kısmı iade edemez. Mesela müşterinin aldığı iki top kumaşın birisinde istihkak iddia ve ispat edilerek elinden alınsa, bunların birbirinden ayrılmasında zarar olmadığı için kalan kumaşı müşteri bayie red edemez. Ancak bir kısmında istihkak iddia edilen şeyin hane ve bahçe gibi bir şey olması durumunda, söz konusu kısmın geri alınması kalan kısmın kusurlu olmasını sağlıyorsa, müşteri seçimlik bir hakka sahip olur, dilerse kalan kısmı da red eder ve dilerse istihkakla alınan kısmın sememini bayiden geri alır.

Bununla birlikte parça parça teslim olunan bir şeyde teslim alınmış veya alınmamış kısmında istihkak iddia ve ispat edilse, bu durumun kalan kısma kusur irs edip etmemesine bakılmaksızın müşteri bir hakka sahip olup, dilerse kalan kısmı kabul eder dilerse red ederek semenden istihkak iddia edilen kısmı indirir.

Bir kimse başka bir kimsenin elinde olan hande bir hak iddia ettikten sonra belirli bir miktar üzerinde sulh olursa fakat sonradan söz konusu hanenin bir kısmında istihkak iddia ve ispat edilerek o kısmı alınsa, hane sahibi sulh olduğu kimseye vermiş olduğu sulh bedelinden bir şey alamaz. Çünkü önceki hak sahibinin hakkının kalan kısımda olması muhtemeldir. Ancak hanenin bütünü istihkak iddia edilerek alınacak olsa, o zaman sulh bedelini ödeyen kimse bu bedeli geri alabilir. Aynı şekilde bütünü üzerinde istihkak iddia edilip bir kısmı ispat edilir ve geri alınırsa sulh bedelinin o hisseye tekabül eden kısmı talep edilebilir.

Bir kimse altın alacağına karşılık gümüş üzerinden sulh olursa, fakat sonradan gümüş üzerinde istihkak iddia ve ispat edilerek geri alınsa sulh akti batıl olup yine altın alacağı talep edilebilir.

Sonuç

Günümüz hukukundaki istihkak davasının yerine Mecelle mülk davası kavramını kullanmıştır. Bu kavramın maksadı daha açık bir şekilde ifade ettiği söylenebilir. Çünkü istihkak genel bir kavram olup hak etme manasına gelmekte olup, zilyetliğe haklılık davasını da içerisine almaktadır. Bu sebeple sadece mülkiyet hakkına dayanak istihkak iddia edilmesine mülk davası demek, bize daha doğru görünmektedir. Bununla birlikte istihkak davası kavramını değiştirmek istemedik.

Mecelle'de bu husus belirli bir başlık altında tanzim edilmiş değildir. Bununla birlikte istihkak davası ile ilgili hususlara gerek beyinat gerekse gasb ile ilgili kitaplarda dağınık bir şekilde yer verilmiştir. Ayrıca aşağıda trankiribini ve orjinalini verdiğimiz belge Mecelle için hazırlanmış olmakla birlikte cemiyetinin toplantıları tatil edildiği için kanunlaşmamıştır. Söz konusu belgede istihkak davasına konu olan hususlara açıkça yer verilmiştir. Mecelle'de konuya ilişkin hususlarda istihkak davasının yargılamasına ilişkin olduğu için bu ayrı parçaların

bir araya getirilmesinin gerek hukuk tarihine gerekse günümüz hukukuna katkısı olacağına inandığımız için bu konuyu işlemeyi gerekli gördük.

İstihkak davası, mülkiyeti tamamen sona erdiren veya mülkiyeti gerçek malikte iade eden olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bunlardan ilki kölelerin satıma konu olduktan sonra hürriyetlerini iddia ve ispat etmeleridir ki günümüzde kölelik müessesesi tamamen kaldırdığı için bunun üzerinde durmayı gerekli görmedik.

İkincisi ise bir şeyin mülkiyetinin gerek malikinin rızası ile gerekse malikinin rızası dışında elinden çıkması durumunda malın gerçek malikin zilyetliğine dönmesini sağlayan istihkak davasıdır. Bu dava da mülkiyete sahip oluş sebebi belirtilmemiş ise mutlak, belirtilmiş ise mukayyed veya bisebep olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. Ayrıca istihkak davasında malik olma tarihi belirtilmiş ise müverrah belirtilmemiş ise gayr-ı müverrah istihkak davası şeklinde isimlendirilebilir. Bu davayı sadece malik açabilir. Davalı ise haksız zilyettir. Malik, istihkakını ispat ettiği takdirde malı kendisine verir. Tabii olarak mal aynen mevcut ise aynen, mevcut değil ise tazmini söz konusu olacaktır. Başka bir ifade ile istihkak ve tazminat davası birlikte açılacaktır.

İstihkak İle İlgili Bir Belge:

"Bab'ül-İstihkâk

İstihkak iki nevidir. Nev-i evvel yalnız mülkiyeti iptal ve izale eder. Eşyada hürriyet-i asliye gibi. Meselâ bir adamın iştiara eylediği köle yine lîl-asıl hürrüm deyu ettiği davasını isbat eylese ol kölenin hürriyetine hükm olunur. Çünkü hürriyet hukuk-ı ilâhîden olarak bu hükm âmme-i nâs üzerine hükm demek olduğundan fîma ba'd ol şahıs üzerine hiç kimsenin rakabe ve memlûkiyet davası mesmu' olmaz ve istihkakın iş bu nev'-i evveli bayiler beyninde cârî olan ukudun kâffesini kâdînin hükmüne muhtaç olmaksızın fesh eder.

İmdi suret-i mezkûrede ol köle bir kaç elden geçmiş olsa ber veçh-i meşruh hürriyetine hükm olunarak sebili tahliye olundukda henüz ol şahıs akçesini bayiiinden almadan ol bayi akçesini bayi-i evvelden ve o dahi hükm-i kâdî lâlîk olmasa da var ise kefilinden istirdad edebilir.

İstihkakın ikinci nev'i mülkiyeti bir şahısdan şahs-ı ahire nakl eder. Nitekim bir kimse aherin yedinde olan malı kendi mülkü olduğunu iddia ve isbat ile alması gibi. İstihkakın bu nev'i bayiler beyninde cari olan ukudun infisahını icab etmez ve bu nev'ile hükm-i zevaliye bulunan kimsenin ve kezalik anın bizzat yahud bilvasıta bayii olan kimselerin üzerlerine hükümdür. Binaenaleyh ol bayilerden birisinin istihkak davası mesmu olmaz. Belki nitac davası yahud ol malı asıl müstehikından almış olmak davası mesmu olur. Mesela bir kimse şahs-ı aherin yedinde bulunan atı kendisinin olduğunu dava ve isbat ederek hükm olu-

nub aldığında ol şahıs dahi akçesini bayiinden alabilüb ancak bayi-i merkur ben bu semeni vermem, zira müstehkû davasında kazıbdır. Zira ol at benim kısrağımdan doğdu yahut bayiimin veya bayiin bayiimin dahi mülkünde doğmuşdur deyu dava ve isbat eylese mesmu olub hükm-ü evvel batıl olur. Ve kezalik yine bu hayvanı ol müddei müstehkûdan almışdım deyu dava eylese yine mesmu olur.

Ve ol bayilerden birisi akçesini kendi bayiinden istirdad edecek oldukda tekrar ikame-i şühud ile isbata muhtaç olmaz. Lakin müşteri kendisinden akçeyi henüz istirdad etmeden kendü bayiinden akçesini istirdad edemez ve asıl olan kimseye hükm olunmadıkça kefilen akçe mütalebe olunamaz.

Bu minval-i muharrer mebi bil'istihkak ahz olundukda müşterinin bayiinin akçesini istirdad eylemesi dahi ol istihkakın beyyine ile yani şahideyn ile sabit olduğu vakitdedir ki beyyine ahre tecavüz eder hüccet ve delildir amma istihkak eğer müşterinin ikrarıyla yahud yeminden nükulu ile sabit olursa bu surette müşteri semeni bayiden istirdad edemez. Zira ikrar başkasının hakkın delil ve hüccet olamaz. Zira hüccet-i kasıradır. Binaenaleyh bir şahs-ı aherden işтира ve kabz eylediği hâmil carıye elinde doğurduktan sonra bir kimse müstehkû çıkub carıye kendi mülkü olduğuna dava ve isbat eylese carıyeyi ve veledini beraber alır. Amma eğer bu istihkak şahs-ı merkurun ikrarıyla sabit olsa, çünkü ikrar hüccet-i kasıra olduğundan ol kimse yalnız carıyeyi alabilüb veledi ona tabi olmaz. Teñakuz istihkak davasına manidir. Amma hürriyet ve talak ve neseb davalarına mani değildir. Mesela bir adem şu hane benim mülküm değildir, filanıdır dedikten sonra, ol hane benim mülkumdür deyu iddia eylese davası mesmu olmaz. Amma bir köle bir şahsa ben kulum beni satın al deyu o dahi işтира eyledikten sonra ol köle fil-asıl hür olduğunu akdemce azad olunmuş idüğünü dava ve isbat eylese hürriyeti sabit olur. Ancak ol köle dahi ol şahsı aldatmış olduğundan bayii gaib ve mekanı nâmalum olduğu surette müşterinin veriş olduğu akçeyi ol köle tazmin eder ve ba'de kendisi dahi bayii buldukda akçesini andan alır.

Kezalik bir zevce zevci ile mihrî üzerine muhalaa oldukdan sonra dönüb kabl'el-hul' zevcinin talak-ı selase ile kendisini tatlik etmiş idüğünü dava eylese mesmu olur. Zira talak zevcin elinde olmağla zevcenin haberi olmayarak tatlik etmiş olmak ihtimali vardır.

Kezalik bir şahıs bir sağır için bu çocuk benim oğlum değildir deyu sonra oğlumdur dese mesmu olur. Kezalik bir şahıs ben filanın varisi değilim deyu sonra varisiyim dese ve cihet-ı irsî beyan eylese davası mesmu olur.

Davay-ı istihkakda tarih-i gaybete itibar olmayub belki tarih-i mülke itibar olunur. Yani bir şahıs bir kimsenin elinde olan bir meta için mülküm olub bir seneden beru yedimden zayı olmuşdu deyu dava ve isbat edüb kabl'el-hüküm meta ol kimesneye satan adem duyub meta-ı mezbur iki seneden beru benim mülküm olduğunu isbat ederim dese mesmu olmayub husumet mündefi olmaz, belki ol

şahsın isbatı mesmu olub meta' anın için hükm olunur.

İstihkak ilmi semenin istirdadına mani olmaz. Yani bir kimesne bir malı alırken bayiin malı olmayub gayrın malı olduğunu bilerek iştira edüb badehü mal sahibi malı dava ve isbat edüb müşterinin yedinde olsa müşteri dahi dönüb verdiği semeni bayiden istirdad eder.

Müşteri mebiin küllisini kabz etdikden sonra bazısı bil'istihkak alınsa yalnız ol mikdarda bey batıl olur. Bu suret de bazı mebiin bu veçhile alınması eğer bazı baki hakkaa mevrıs-i kusur değil ise müşterinin ol bakiyeyi semenden hisse-i musibesıyla alması lazım gelerek red ve iade edemez. Nitekim aldığı iki top kumaşın biri bil-istihkak alınsa bunların tefrikinde zarar olmadığından diğer kumaşı müşteri red edemez. Amma eğer mebiin hane ve ahçe misillü teb'iz ve tecziesinde zarar olan bir şey olarak bazısının istihkak ile alınması bazı baki hakka muceb-i kusur ise veyahud mebiin kılıç ile kını gibi zahirde iki şey ve hükümde bir şey ise müşteri bazı bakide muhayyer olur, dilerse red eder ve dilerse semende hissesiyle alır.

Mesela bir kimesne bir hane alub teslim etdikden sonra nısfı bil-istihkak alınsa müşteri nısf-ı bakide muhayyerdir. Dilerse nısfı hisseyi red edüb tamamen akçesini istirdad eyler ve dilerse ol hisseyi kabul edüb semenin nısfını istirdad eder. Kezalık iştira etmiş olduğu kılıcın kını istihkak olınsa kezalık kılıcı alub almamakta muhayyer olur.

Amma müşteri mebiin bazısını kabz edüb de bazısını henüz kabz etmemiş olduğu halde makbuza veyahud gayrı makbuza bir müstehk çıkub alsa bu suretde bazın istihkak olunması bazı baki hakda gerek mevrıs-i kusur olsun ve gerek olmasının müşteri bazı baki hakda muhayyerdir, dilese ber minval-i muharrer kabul eder ve dilerse red eder.

Bir şahıs aher kimesnenin elinde olan haneden hakk-ı meçhul dava edüb de şu kadar kuruş sulh olunduktan sonra ol hanenin bazısı bil-istihkak alınsa hane sahibi ol şahsa vermiş olduğu bedel-i sulhdan bir şey istirdad edemez. Zira caizdir ki, anın davası istihkak olunan hissede olmayub da bu son bakide ola. Amma suret-i mezkûrede eğer hanenin 'külli istihkak olunmuş olsa bedel-i sulhun cümlesi ol müddeiye istirdad olunur. Ve eğer müddei hanenin küllisini dava edüde bir mikdar şey üzerine mesela bir kuruşa ba'des-sulh hanenin bazısı mesela nısfı bil-istihkak alınmış olsa sahib-i hane bedel-i sulhdan bil-istihkak ahz ve ifraz olunan mikdarın hissesini mesela suret-i meşruhdan mezkûr bin kuruşdan beşyüz kuruşunu istirdad edebilir.

Bir şahıs bir kimse ile şu kadar altın davasından bir mikdar gümüş sulh olub ve gümüşü kabz ile meclisten kalkub yekdiğerinden ayrıldıktan sonra mezkur gümüşe bir müstehk çıkub alsa sarf manasında olmağla sulh batıl olub yine altunlara rücu lazım gelür. Yani ol altununu yine ol kimesneden alır."

باب الاستحقاق

استحقاقه ایکی نوعده نوج اول بانگله ملکینی ابدل وائله ایدر ایتبار حیه اصدلیکی مثلا بلامک
استی ایلدیکی کوله بدنی الاصل قرح دیو ایتدیکی دعوانی ایتبار ایلم اول کوله نیک حرتینه حکم
اولنیزه یونک حیه حقوقه الیهده اولردو برهکم عامه نیک اوزرنه حکم دیک اولدیغنده بیما بده
اول شخسه اوزرنه لیک کیم نیک رقبه وعلوکیه دعواس مسوح اولن اوشمق نیک ایشونوج اولاییدر
نیزه جاری اولده عقودک کافی قانق نیک حکم منجی اولمشه بیخ ایدر

ایمدی صورده مذکوره اول کوله بر قیاح الیهده کیم اولر بریه مشرع حرتینه حکم اوله زود سبیل نیک
اولدق کوز اول شخسه ایقنی با یغنده الیهده اول بیخ ایقنن بیخ اولده و اودق حکم نیک
دوهه اولمشه ایش کیننده استراد ایله بلور

استحقاق ایکنی نوعی ملکینی بئوخده شخسه آخه نقل ایدنه کیم بر کیمه آقک بیزه اولده مال کند
ملکی اولدینن ارعا و ایتبار ایلد ایشی کی استحقاقک بونوعی با بعد نیزه جاری اولده عقودک انقاص
ایجاب ایتد و بونوعده حکم ذالیه بولانه کیم نیک و کذلک انک بالذمه با خود بالوا طمیه
اولده کیم نیک اوزر لینه حکم بناذ عبه اول با بعدده برینک ملکده دعواس مسوح اولن بلکم
تیاج دعواس یا خود اول مال اهل مستحقده الطح اولده دعواس مسوح اولور مثلا کیم
شخسه آقک بیزه بولانه آتی کت و سنک اولدینن دعوی و ایتبار ایدرک حکم اولنیزه
آد یغنه اول شخسه دهی ایقنن با یغنده آل یلوب انجه بیخ رفوع به بوئنی و بریم زرا مقوه
دعواسنک کافی دیر اول آتا نیک قسرا غنده طوعدی با خود با بیک و یا بیخ با بیک و
ملکک طوعسده دیو دعوی و ایتبار ایلم مسوح اولوب حکم اول باطل اولور و کذلک
به بو هیوان اول مدان مستحقده آطسیم دیو دعوی ایلم بئ مسوح اولور

کذاک برخصی برضیایهینم برهوجیه نم ایشلم دکدر دیوب حکمه اولمده ریس مسوع اولور
 کذاک برخصی به فلانک وارثی دکلم دیوب حکمه وارثیم ریس و جهت ارثی بایه ایسه
 دعوی مسوع اولور

دعوی استحقاقه تاریخ غیبه اعتبار اولوب بلکه تاریخ ملک اعتبار اولور یعنی برخصی برخصیت انصاف
 برخصی ایچینم ملک اولوب برسه بزود برده ضایع اولمشک دیوب دعوی و اثبات ایوب قبل الحکم
 فتعی اول کسبه همانا ارم لایوب ضایع فریور ایکه نه بزود نم ملک اولر یعنی اثبات ابرم ریس
 مسوع اولوب خصوصاً ضایع اولر بلکه اول شخصک اثباتی مسوع اولوب ضایع ایچینم
 حکم اولور

استحقاق علم تحت استدادینه مانع اولر یعنی کسبه برای آؤکره باعلت مالی اولوب غیرک مال اولر یعنی
 بیرون اشته ایوب یعنی مال صافی مالی دعوی و اثبات ایوب مستقیم بنده آؤسه
 مستحق رضی دیوب و دیگر حق باعیده استداد ایور

مستحق بیعت کلیتی قصه نیکرکده حکم بعضی بالاستحقاقه آؤسه یا لکن اولقدر بر بیع لیل اولور بوجورتن
 بعضی بیعت بوجوب آؤسه اگر باقی بعضی مورث حضور دکل ایسه مستقیم اول باقی کی قصه
 بعضی بیعت آؤسه لزوم کلرک رد و اعاد ابرم نیکرک آؤر یعنی ایکی طرف قساک بری بالاستحقاقه
 آؤسه بوندن تفریق خدر اولر یعنی دیگر قسای مستحق رد ایضاً اما اگر بیع خانه نفعی مملو
 بعضی دیگرک شرف خدر اولر یعنی اؤرده بعضی استحقاقه ایله آؤسه بعضی باقی حقوق موجب
 حضور ایسه و یا خدر بیع قیلد ایله قسای خدر ایکی طرف و کوی برتی ایسه مستحق بعضی قسای خدر اولور
 دیگرک رد ایور و دیگرک قصه بعضی اولور

صلا

اول با بعد در بریں آچیزی کندی با بعدن استرداد چک اولدقه تکراء اقامه استودایه اثباته صحیح اولد
لکه مشرق کندی نمنه آچیزی لکن استرداد اجمعه کندی با بعدن آچیزی استرداد اجمعه
واصل اولد کجسه حکم اولد قیام کفندن آچیه مصلحه اولد

برفول محرم بیع با استحقاقه اخذ اولدق مشربنک با بعدن آچیزی استرداد اجمعه اول استحقاقه بینه ابله
یعنی شاهجه ابله ثابت اولد یعنی وقده در کیمینه آخده تجاوز ایدر حجت دلیدر اما استحقاقه اگر
مشربنک اقراریم با خود عینده نکولیم ثابت اولور سه بوهو شرح مشربنک قیام با بعدن استرداد اجمعه
زیرا اقرار بقصدک دفعه دلی حجت اولد زباحت قهده در بنا ز عینده شخصی آخده اشترا
وقصد ایدکی همان جاریه انزه طوغور وقده حکم بکنه صفحه جیبیه جاریه کندی ملکی اولد یعنی
دعوی اثباته ایسه جاریه اولد یعنی برابر آلودر اما اگر بو استحقاقه شخص موقوفه اقراریم
ثابت اولد چونکه اقرار حجت قهده اولد یعنی اول کیمه یاکنز جاریه کی آله بیعیه اولدی
اکا تابع اولد تناقصه ملک دعوی مافدر اما حقیقت و طلاقه و نسب و عولایه مانع و کلا در صند
بر آدم سرخانه بنیم ملک و کلا در دیکر ملک اول خانه بنیم ملک در دیوار ایسه دعوی
مصحح اولد اما بر کولم بر خصمه به قولم بنی صاحب ای دیوبه او یعنی اشترا ایدر کیمه اول کولم فی اوصول
هر اولد یعنی با خود اوقیم آزاد اولدی ایدر کوی دعوی اثباته ایسه حقیقت ثابت اولور اجمعه اول کولم دفعی
اول شخص اولد یعنی اولد یعنی ایسه غائب و مکانی معلوم اولد یعنی هوزن مشربنک ویرسی اولد یعنی آچیزی
اول کولم تصحیه ایدر و بعده کندی یعنی بوردق آچیزی نده آلودر

کندی بر زوجه زوجیم میری اولد برینه یعنی اولد بره عینده و زوجه قبل الخلع زوجتک طلاقه تکریم کندی
تطایفه تکیسی ایدر کوی دعوی ایسه صحیح اولور زیرا طلاقه زوجتک انقض و لغتم زوجتک خبری اولد بره
تطایفه تکیسی اولد یعنی اولد

32



KANUN YOLLARI İLE İLGİLİ İYUK.'NDA 4001 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Arş. Gör. Cemil KAYA (*)

1. GİRİŞ

Anayasamızın 2. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti ... bir hukuk devletidir". Günümüzde hukuk devletinin herkes tarafından kabul görmüş tek bir tanımını mevcut değildir. Yapılan tanımlarda genel bir ifadeden ziyade Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da belirtildiği gibi (1) hukuk devletinin gerekleri veya unsurları ifade edilmiştir. Salt idareyi hukuka bağlı kılmak sadece bu ilkenin kabulü ile değil, yönetilenlere, idareyi hukuk kurallarına uymaya zorlayacak bir müeyyide olan dava hakkını tanımakla olacaktır. İdare ancak bu yolla hukuka tabi kılınmış olur (2). Zira hukuk devletinin gereklerinden en önemlisi "idarenin yargısal denetimi"dir. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi aynı zamanda hukuk devletinin gerçekleşmesinde yürütme organının hukuka aykırı faaliyetlerinin müeyyidesi vazifesini görür (3).

İdari işlemin tek yanlı irade açıklamasıyla belli bir sonuç doğurması, ilgilinin rızasına bakılmaması ve kanunilik karinesine sahip bulunması idare hukukunda kamusal iradenin üstünlüğünü zorunlu kılmıştır (4). Böylesine geniş

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

(1) "Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devletini, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlet olarak tanımlamış(tır)". AYM., 6.7.1995, E. 95/6, K. 95/29, RG. 10.2.1996, sy. 22550. Benzer kararlar için bkz. AYM., 18.7.1994, E. 94/44, K.94/56, RG. 1.8.1996, sy. 22714; AYM., 1.2.1996, E.95/20, K. 96/4, RG. 31.7.1996, sy. 22713; AYM., 21.9.1995, E. 95/27, K. 95/47, RG. 10.4.1996, sy. 22607; "İdarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamada en etkili araç olan idari yargı yerlerince verilen kararların idare tarafından uygulanması zorunluluğu, hukuk devleti anlayışının bir gereğidir". D7D., 30.9.1993, E. 92/2106, K. 93/3827, DD, sy. 89, s. 464. Benzer kararlar için bkz. D10D., 1.7.1993, E. 93/2258, K. 93/2798, DD, sy. 89, s. 589-590; D10D., 13.10.1992, E. 90/4944, K. 92/3569, DD, sy. 87, s. 481.

(2) Sarıca, Ragıp, İdari Kaza, İstanbul 1949, s. 5.

(3) Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, c. I, s. 230.

(4) Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul 1994, s. 339 vd.

kamu kudreti kullanma imtiyazına sahip olan idarenin yargı denetimi dışında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple yargısal denetim, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" şeklinde Anayasal bir ilke olarak düzenlenmiştir (m. 125/1).

Anayasamızın 36. maddesi hak arama hürriyeti başlığını taşır. Bu maddede hiçbir ayırım yapılmaksızın eşitlik ilkesi (m. 10) gereği herkesin meşru yollarla yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Davanın taraflarının mahkemelerde hak arama hürriyetinin bir sonucu olarak meşru yollarla haklarını aramaları ne kadar tabii hakları ise, mahkeme kararları üzerine kanun yollarına başvurmaları da yine bu Anayasal ilke gereği o kadar tabii bir haktır.

II. KANUN YOLU KAVRAMI

Kararlara karşı başvuru dediğimiz kanun yolu, davanın taraflarına tanınan hukuki bir yoldur. Bu yol ile hukuka aykırı olan, daha doğru bir ifade ile hukuka aykırı olduğu iddia edilen kararların yüksek mahkemede veya bu mahkemenin üst kurulunda bir kez daha incelenmesi sağlanır. (5).

Hükmün kesinleşmesinin önlenmesi, yargılamanın bir üst mahkemeye aktarılması ve dolayısıyla yargılamanın devamının sağlanması (6) ve de başvuru mercii, aleyhine başvuru yargısal kararın doğruluğunu denetlemesi kanun yolunun ayırıcı nitelikleridir (7).

Kanun yolları, ilk derece mahkemesince verilen kararın denetimini sağlayan bir araç olması yanında, hukukun fonksiyonlarından biri olan "adaleti gerçekleştirme fonksiyonu" açısından da önemli bir rol oynamaktadır. Zaten kanun yollarının amacı somut olayda adaleti gerçekleştirmek ve hukuki birliği sağlamaktır. Bu sebeple, yüksek mahkemeler tarafından verilecek kararlar hukuki birliği sağlayacağı gibi, alt derece mahkemeleri için de bir ölçü olacaktır (8).

(5) Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, ders kitabı, Ankara 1995, s. 572; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 761; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. IV, İstanbul 1991, s. 3277; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, c. I-II, İstanbul 1992, s. 797; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 342; Karafakih, İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 249; Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973, s. 3.

(6) Üstündağ, s. 797.

(7) Yılmaz, Ejder, Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanmasının Yerindeliği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/1, s. 132; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 9-10.

(8) Bkz. bu konuda Üstündağ, s. 52 vd. ve s. 798 vd.

Kanun yollarını çeşitli bakımlardan tasnif etmek mümkündür (9): Kararın verilmiş tarzına göre (duruşmalı karar, duruşmasız karar); kararın niteliğine göre (ara karar, nihai karar); incelemenin aynı veya üst merci tarafından yapılmasına göre; kontrol merciinin sadece bozma veya onaylama ile yetinilmesi veya düzeltme yoluna gidilip gidilmemesine göre; yapılan kontrolün genişliğine göre (sadece hukuki veya hem hukuki hem maddi kontrol).

Kanun yollarının tasnifi konusunda, geniş ve dar (teknik) anlamda kanun yolu ayrımı da yapılmaktadır (10). Geniş anlamda kanun yolu, yargılama sonunda, kanunun öngördüğü ve mahkemelerin verdiği, ara kararlar da dahil tüm kararlara karşı başvurulabilen bir kanun yoludur (11). Dar anlamda kanun yolu ise, sadece mahkemelerce verilmiş bulunan nihai nitelikteki kararlara karşı başvurulabilen bir yoldur (12).

Kanun yolu, bunların dışında olağan ve olağanüstü kanun yolu olarak da tasnif edilmektedir. Olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımının esasını, nihai kararların şekli anlamda kesinleşmesini önleyip önlemediği hususu teşkil etmektedir (13). Buna göre, nihai kararların şekli anlamda kesinleşmesine engel olan kanun yollarına olağan kanun yolu, kesinleşmiş nihai kararlara karşı başvurulabilecek kanun yollarına olağanüstü kanun yolu adı verilir (14).

Bu husus dışında, olağan ve olağanüstü kanun yolu ayrımında, kanun yoluna başvurma yetkisinin herkese tanınmış olup olmaması, kanun yoluna başvurma sebeplerinin kanunda sınırlı bir biçimde belirtilmiş bulunup bulunmaması, bu sebeplerin kontrol merci tarafından re'sen dikkate alınıp alınmaması ve başvuranın reddi halinde kanun yoluna başvuran hakkında bir yaptırım olarak para cezası uygulanıp uygulanmaması gibi hususlar da bir ölçü oluşturmaktadır (15).

İdari yargıya ilişkin usul kuralları daha önceleri Danıştay Kanunu içerisinde yer almaktaydı. Fakat 20.1.1982 tarihinde Danıştay Kanunu'ndan ayrı

(9) Bilge, s. 14; Bilge-Önen, s. 638.

(10) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Arslan, s. 8 vd; Bilge, s. 3 vd.

(11) Bu anlamda, nihai ve ara kararlara karşı başvurma da bir kanun yolu olarak düşünülse de, kanun yolu bu kadar geniş anlamda kabul edilmemektedir. Ayrıca pozitif hukuk açısından da kanun yolunun bu kadar geniş anlaşılması uygun görülmemektedir. Arslan, s. 8-9.

(12) Dar anlamda kanun yolunun ayırıcı unsuru olan, kararın yüksek mahkemece ele alınması ve kanun yoluna başvurmakla kararın şekli anlamda kesinleşmesinin engellenmesi hususunda, dar anlamda kanun yolunun bu iki özelliği birarada taşıdığı, bu iki özelliğin kanun yolunun ayırıcı unsuru olduğu hususu Türk Hukuku'nda oybirliği ile kabul edilmemektedir. Arslan, s. 9-10.

(13) Arslan, s. 10.

(14) Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 572-573; Kuru, c. IV, s. 3278; Kuru, El Kitabı, s. 761-762; Bilge, Necip-Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 641; Bilge, s. 15; Karafakih, s. 250-251; Berkin, M. Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 876; Gözübüyük, A. Şeref, Yöneltilmiş Yargı, Ankara 1996, s. 428; Odyakmaz, Zehra, Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul 1993, s. 7.

(15) Bilge, s. 15.

isteminde bulunulmamış sayılması kararına karşı tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 7 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir (İYUK. m. 48/6). Ayrıca 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK)'nun mükerrer 49. maddesinin b bendine göre, takdir komisyonlarının arsalar ve araziye ait asgari ölçüde birim değer tesbitine ilişkin takdirleri hakkında il ve ilçe merkezlerindeki ticaret odaları, ziraat odaları, mahalle ve köy muhtarlıkları ile vergi daireleri (1.3.1986 tarihinden itibaren belediyeler) tarafından açılan davalar sonunda vergi mahkemelerince verilen kararlara karşı tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir (24).

İYUK'nun 7. maddesinde dava açma süresi düzenlenmiştir. Özel kanunlarında ayrı süre öngörülmeyen hallerde dava açma süresi Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gündür. İYUK. m. 46/2'ye eklenen bu ibare ile m. 7'ye bir paralellik sağlandığı savunulabilir. Ancak "özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde" ibaresi, İYUK. m. 48/6 karşısında, "kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde" veya "mevzuatta ayrı süre gösterilmeyen hallerde" şeklindeki bir düzenleme ile daha doğru olacaktır.

B. TEMYİZ DİLEKÇESİ (m. 48)

a. Dilekçenin Verildiği Yer (m. 48/4)

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa değişiklik getiren 3622 sayılı Kanuna paralel olarak 10.4.1990 tarihinde yürürlüğe giren 3619 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Danıştay'ın temyiz incelemesi sadece idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar ile sınırlıydı. Dolayısıyla Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda verilen kararların temyiz edilebilmesi mümkün değildi. 3619 sayılı Kanunla Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda (Danıştay Kanunu m. 24) verdiği kararlara karşı temyiz istemelerini inceleme görevi de Danıştay'a verildi.

Temyiz dilekçeleri ilk önce ilgisine göre kararı veren mahkemeye, danıştay dava dairesine veya İYUK. m. 4'te belirtilen mercilere verilir (İYUK. m. 48/3). Kararı veren Danıştay dairesi veya mahkeme dosyayı tekemmül ettirdikten sonra dizi listesine bağlı olarak Danıştay'a veya ilgili kurula göndermektedir (İYUK. m. 48/4).

(24) Bu yönde bkz. D9D., 11.2.1983, E. 83/1173, K. 83/738, "Arsa metrekaare birim değer tesbitine ilişkin vergi mahkemesi kararının tebliğinden itibaren onbeş gün içinde temyiz isteminde bulunulması gerekir".

3622 sayılı Kanun ile değişik İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. maddesinin 4. fıkrasına, 4001 sayılı Kanun ile Danıştay kelimesinden sonra gelmek üzere "dairesi" ibaresi eklenmek suretiyle hükme açıklık getirilmek istenmiştir. 3622 sayılı Kanunla 48. maddeye 6. fıkraya eklenirken burada geçen Danıştay kelimelerinden sonra gelmek üzere "dairesi" ibaresi eklendi. 4001 sayılı Kanun da 4. fıkraya bu ibareyi ekledi. Ancak getirilen bu açıklık kısmi bir düzenleme olarak kalmıştır. 48. maddenin 2 ve 3. fıkralarında geçen Danıştay kelimelerinden sonra da bütünlüğün sağlanması bakımından getirilmesi gerekli "dairesi" ibaresi unutulmuştur.

b. Dilekçe Üzerine İnceleme (m. 48/7)

Temyiz dilekçesi, kararı veren mahkemeye, Danıştay dairesine veya İYUK. m. 4'te belirtilen mercilere verilir (İYUK. m. 48/3). Dilekçenin verildiği yerin inceleyeceği belli başlı hususlar şunlardır:

- İYUK. m. 3'e uygunluk

Temyiz dilekçesi İYUK. m. 3'e uygun olarak düzenlenir. Düzenlenmemiş ise eksikliklerin 15 gün içinde tamamlanması ilgiliye tebliğ olunur. 15 gün içinde eksiklikler tamamlanmazsa "temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına" karar verilir (İYUK. m. 48/2).

- Harç ve giderlerin tamamlattırılması

Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödenmemiş olması halinde verilecek 15 günlük süre içinde harç ve giderlerin tamamlanması aksi halde temyizden vazgeçilmiş sayılacağı hususu temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde "kararın temyiz edilmemiş sayılmasına" karar verilir (İYUK. m. 48/6).

- Temyiz isteminin süresinde yapılıp yapılmadığının incelenmesi

Temyiz isteminin kanuni süre geçtikten sonra yapılması halinde "temyiz isteminin reddine karar verilir (İYUK. m. 48/6).

4001 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bu konularda Danıştay uygulaması farklılık arz ediyordu. Danıştay bazı kararlarında, m. 48/2,6'da belirtilen, "temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına", "kararın temyiz edilmemiş sayılmasına" ve "temyiz isteminin reddine" dair kararların ilk derece

mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (25). Buna karşılık bu durumun iş yükünü arttırdığı ve zaman kaybına sebep olduğu gerekçeleriyle yurarda belirtilen kararların bizzat temyiz mercii tarafından verilebileceğine dair kararları da bulunmaktadır (26).

Buna benzer bir ikilik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen temyiz kanun yolunda da söz konusu idi. Ancak bu durum, 1.6.1990 tarihinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur (27).

4001 sayılı Kanunla m. 48'e eklenen 7. fıkra söz konusu bu karışıklığı ortadan kaldırmış ve şöyle bir düzenleme getirmiştir:

"Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3'üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği ve temyiz kanuni süre

- (25) Tebligat işlemleri tamamlanmadan Danıştaya gönderilen dosyanın vergi mahkemesine iadesi gerekir. D3D., 25.12.1986, E. 86/3725, K. 86/2720; Yargı işlemlerinin yürütülmesi ve tebligat işlemlerinin yapılabilmesi için gerekli olan harç pulu eksikliğinin dilekçeyi alan mahkemece tamamlanması gerekir. D9D., 13.3.1986, E. 84/1903, K. 86/979; Temyiz isteminin tekemmülü kararı veren mahkemece yapıldığına göre, ölüm nedeniyle işlemde kaldırıma kararının da bu mahkemece verilmesi gerekir. D9D., 10.4.1986, E. 84/188, K. 86/1392, DD. sy. 64-65, s. 381 vd.; Eksik harç ve posta pulu istenmesine karşın verilen süre içerisinde bu noksanlık tamamlanmadığından, mahkemece kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmesi gerekir. D6D., 22.6.1987, E. 87/520, K. 87/657; Temyiz başvurusunun süreden reddi yolundaki kararın temyizi aşamasında istenilen harcın yatırılmaması üzerine gerekli kararın mahkemece verilmesi gerekir. D6D., 27.5.1993, E. 93/655, K. 93/2222.
- (26) "Sözü geçen düzenleme... Danıştay'ın temyiz incelemesini yapmakla görevli dava dairesinin veya Kurulunun da başvurunun süresinden sonra yapıldığını saptamaları halinde başvurunun süre aşımı yönünden reddi için dosyayı, kararı veren daire veya mahkemeye geri göndermesini zorunlu kılan emredici bir hüküm olarak algılanamaz ... sözü geçen maddenin 6. fıkrası yoluyla 15. maddesinin uygulanarak her evrede gereğine göre karar verilmesi zorunluğu temyiz mercii'nin süresinden sonra yapıldığını saptadığı temyiz başvurularını bizzat reddedebileceğini ve bu yolda bir karar için dosyanın kararın veren daire veya mahkemeye gönderilmesinin gerekmediğini ortaya koymaktadır... bu durumun süre aşımı gibi matematiksel olarak kesin bir biçimde saptanması mümkün bir konuyu temyiz kanununda daha başında bu yargı mercilerine incelemek ve süresinde yapılmayan temyiz istemlerini bu yönden reddetme yetkisi tanımak suretiyle hem sonraki tebligat evrelerinden kararı veren daire veya mahkemeyi kurtarmak, hem temyiz mercii'nin bu tür dosyalarla iş yükünün gereksiz yere artmasını ve uyuşmazlıkların uzamasını önlemek hem de tarafların kararın sonuçlarından hemen yararlanmalarını sağlamak ereklerini güttüğünde duraksamaya yer yoktur". D5D., 8.5.1991, E. 91/962, K. 91/836, DD. sy. 84-85, s. 370 vd.; Temyiz başvurusunun süresinden sonra yapılması halinde istemin süre aşımı yönünden reddi için dosyanın ait olduğu mahkemeye gönderilmesi zorunlu değildir. Bu yoldaki karar temyiz mercii'nce de verilebilir. D5D., E. 90/4419, K. 90/2960, DD. sy. 82-83, s. 448 vd.; Otuz günlük temyiz süresi geçirildikten sonra temyiz isteminde bulunulduğu anlaşıldığından istemin süre aşımı nedeniyle reddi gerekir. D8D., 21.2.1994, E. 94/229, K. 94/567.
- (27) "1.2.1984 gün ve E. 83/9; K. 84/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararının değiştirilerek, Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararların yasal süre geçtikten sonra temyiz edilmesi veya temyiz kabiliyetinin bulunmaması halinde; yerel mahkemece temyiz isteminin reddine karar verilmeden dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi durumunda, Yargıtay'ca da inceleme yapılabileceği ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 2494 sayılı Kanunla değişik 432/4. maddesine göre bu konuda bir karar verilmek üzere dosyanın mahalline geri çevrilmeden doğrudan doğruya Yargıtay'ca da temyiz isteminin reddine karar verilebilir". Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, RG. 14.7.1990, sy. 20574, s. 9.

geçtikten sonra yapıldığı hususlarının dosyanın gönderildiği Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca saptanması hallerinde de 2 ve 6 ncı fıkralarda sözü edilen kararlar daire ve kurulca verilir".

Ancak bu fıkrada 6. fıkraya yapılan gönderme, Danıştayın ilgili dairesi veya kurulunun vereceği kararlara karşı da 6. fıkranın son kısmında belirtilen 7 günlük temyiz süresinin uygulanabileceği intibahı uyandırmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce bu yanlış anlaşılmayı önlemek maksadıyla Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca verilen söz konusu kararların "kesin" olduğunun eklenen fıkrada belirtilmesi uygun olurdu.

C. KANUN YOLLARINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

(m. 52)

İdare hukuku "kozalist" bir hukuk dalıdır. Yani, idarenin sebepsiz hiçbir davranışı olamayacağı gibi davranışlarının sebebi de mutlaka hukuka uygun olmak zorundadır (28). Bu durum "kanunilik karinesi" (29) nin de dayanağını oluşturur. İdari işlemin hukuka aykırılığı iddiası ile açılan iptal davalarında talep üzerine verilen yürütmenin durdurulması kararı ile kanunilik karinesi geçici olarak askıya alınmış (donmuş) olur (30). Böylelikle idari işlemin uygulanması dava sonuna kadar ertelenir. Kısacası, yürütmeyi durdurma kararı ile geçici bir süre işlemiden önceki hukuki durum tekrar tesis edilir (31).

Hukuka uygun bir sebebinin olduğu ve kanuna dayandığı varsayıldığı için idari işleme karşı açılacak iptal davası, kanuni istisnalar dışında (32) dava edilen

(28) Özay, Yönetim, s. 336.

(29) Kanunilik karinesi, idarenin işlemin hem kanuni bir dayanağı olduğunu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımını ifade eder. Özay, Yönetim, s. 341.

(30) Özay, İl Han, Günışığında Yönetim -II Yargısal Korunma, İstanbul 1996, s. 54; Özay, Yönetim, s. 343.

(31) Uler, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara 1970, s. 4.

(32) Mesela, "Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarih edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur" (İYUK. m. 27/3). Bu tür davalarda tarafların ayrıca yürütmenin durdurulmasını talep etmelerine gerek olmaksızın davanın açılması ile yürütme kendiliğinden duracaktır. Vergi davaları ile ilgili yürütmenin durdurulması kuralının istisnaları da yine İYUK'nun 27. maddesinin 3. fıkrasında mevcuttur. Buna göre, 26. maddeye göre işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında dava açılmakla durmuş olan tahsil işlemi devam eder. Daha önce yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ise bu karar kendiliğinden hükümsüz kalır (İYUK. m. 26/3). Yine, işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması halinde tahsil işlemi devam eder, dumaz. Tahsil işleminin durdurulabilmesi için yürütmenin durdurulması kararı alınmalıdır. Aynı şekilde, ihtirazi kayıtlı verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle ilgili tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar tahsil işlemini durdurmaz. Tahsil işleminin durdurulabilmesi için yürütmenin durdurulması kararına gerek vardır.

işlemin yürütülmesini durdurmaz (33). İşlemin hukuka aykırı bir sebebe dayandığı, kanuni olmadığı iddiasında bulunan davacı işlemin yürütülmesinin durdurulması için Anayasa m. 125/5 ve İYUK. m. 27/2 uyarınca "yürütmenin durdurulması" nı idari yargı merciiinden talep etmelidir. Söz konusu hükümlere göre yürütmenin durdurulması, yargı mercilerince talep üzerine gerekçe gösterilerek ve ancak maddede belirtilen iki şartın birarada gerçekleşmesi halinde verilebilecek bir karardır. Böylece idare adına hareket eden kamu görevlilerinin kötüniyetli hareket etmelerine veya kötüniyetli davranışlarının sonucuna daha erken mani olunabilir. Zira yürütmeyi durdurma müessesesi ile kamu gücü kullanılarak yapılan ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen ve de hukuka aykırı olduğu kanaati yüksek bulunan işlemler "iptal" kararından çok daha önce askıya alınmış olur. Bu sebeple hukuk devletinin güvencesi olan iptal davaları, yürütmenin durdurulması müessesesi ile bir anlam kazanır (34).

Bir mahkeme kararına karşı temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olması da kararın yürütülmesini durdurmaz (İYUK. m. 52). İdari işlemler gibi alt derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar da aksi kanıtlanıncaya kadar hukuka uygun kabul edilir ve talep üzerine yürütmenin durdurulması kararı verilinceye kadar bütün hukuki sonuçlarını doğurur (35).

Bilindiği gibi idari yargı mercii, açılan bir iptal davasında esas bakımından yapılan yargılamanın sonucunda üç türlü karar verebilir: İşlemin iptali, davanın reddi, ve işlemin kısmen iptali veya başka bir ifade ile davanın kısmen reddi. Tam yargı davaları için de durum aynıdır. Yargı mercii ya talebi tamamen veya kısmen kabul edecek ya da davayı reddedecektir.

İYUK.'nun 28. maddesi yukarıda belirtilen kararların ne şekilde uygulanacağını göstermektedir. Buna göre idare, esasa ilişkin "tamamen veya kısmen iptal" kararları ile belli bir miktar tazminat ödemeyi gerektiren "tazminat talebini tamamen veya kısmen kabul" kararları hakkında en geç 30 gün içinde işlem tesis etmeye mecburdur.

İYUK. m. 52/1'in birinci cümlesi temyiz veya itiraz yoluna başvurulmuş olmasının, yargı merciiinin esasa ilişkin kararının yürütülmesini durdurmayacağı esasını getirdikten sonra ikinci cümlesi, kendisine 28. madde uyarınca kararın

(33) Günday, Metin, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1996, s. 129; Sarıca, Ragıp, Tahir-i İcra, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, s. 27 vd.; Kıratlı, Metin, Yürütmenin Durdurulması, AÜSBFD., c. XXI, sy. 4, s. 176; Akural, Sami, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, s. 122.

(34) Özay, Yönetim, s. 343; Özay, Korunma, s. 55.

(35) Aslan, Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994, s. 77.

icaplarına göre işlem tesis etme veya eylemde bulunma yükümlülüğü yüklenen idare ile talebi kısmen kabul edilen davacıya, temyiz talebini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya itirazı incelemeye yetkili bölge idare mahkemesinden söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulmasını talep etme imkanı tanımıştır. Bu hüküm uyarınca verilen, işlemin iptali zararın tazmini yolundaki "ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması", idare için, 28. madde gereğince kararın icaplarına göre işlem tesis etme veya eylemde bulunma yükümlülüğünü geçici olarak ortadan kaldıracaktır.

İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu "iptal" veya "zararın tazmini" ya da "davanın kısmen veya tamamen reddi" yolundaki kararların, 52. madde uyarınca üst yargı yerince "yürütülmesinin durdurulması"nın "bozma kararı" gibi etki yapmayacağı açıktır. Başka bir ifadeyle 52. maddeye göre verilen mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması kararının, iptal edilen karara yeniden varlık kazandırması mümkün olmadığı gibi, davanın kısmen veya tamamen reddi halinde de işlemin yürütülmesini durdurması mümkün değildir.

Açıklanan sebeple aslında 52. madde ile düzenlenen mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması müessesesi ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu tamamen veya kısmen iptal ve zararın tazmini yolundaki kararlar için anlam ifade etmektedir. Bu yöndeki kararların yürütülmesinin durdurulmasını talep eden idare kararın yürütülmesinin durdurulmasıyla 28. maddede öngörülen yükümlülüğünden geçici bir süre ile kurtulmaktadır. Buna karşılık, davanın tamamen veya kısmen reddi yolundaki ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması, işlemin icrasını etkilemeyeceği için davacı açısından bir öneme sahip değildir.

Bununla beraber 4001 sayılı Kanunla temyiz merciine, davanın reddine ilişkin kararlara karşı dava konusu "idari işlemin yürütülmesinin durdurulması" yetkisinin tanınmasından önce, davacının talebinin tamamen veya kısmen reddine ilişkin kararların yürütülmesinin durdurulması hususu farklı uygulamalara konu oluyordu. Danıştay'ın bazı daireleri davanın reddine ilişkin kararların yürütülmesinin durdurulmasının, dava konusu icrai işlemin yürütülmesini durdurmayağından bahisle bu konudaki talepleri reddediyordu. Bazı daireler ise davanın reddine ilişkin kararlar hakkında da yürütmenin durdurulmasına karar veriyorlar; bu kararlar idare tarafından, idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiş gibi değerlendirilerek uygulanıyordu (36).

Uygulamadaki bu tartışmaları sona erdirebilmek maksadıyla (37) 52.

(36) Candan, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi (II), Yaklaşım, yıl 2, sy. 23, Kasım 1994, s. 29.

(37) Hükümün gerekçesinde de bu durum şu şekilde belirtilmektedir "fıkraya eklenen cümle ile de davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlı kılınmaktadır. Bu suretle, temyiz aşamasında dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin hukuki tartışmalara da son verilmektedir". Genel Gereğe, m. 21, s. 7.

maddenin birinci fıkrasına getirilen ek cümle ile artık davanın (tamamen veya kısmen) reddine ilişkin kararların temyizi aşamasında da temyiz merciinin "işlemin yürütülmesinin durdurulmasına" karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. Hükme göre:

"Davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır".

52. maddede düzenlenen temyiz veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması kararı ne şekilde verilecektir? Bu konuda ilk derece mahkemesinin kararının yürütülmesinin durdurulması ile 4001 sayılı Kanunla eklenen ek cümlede düzenlenen işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararları arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir.

Danıştay kararlarına göre 52. maddeye göre ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması kararı verilirken İYUK'nun 27. maddesinde belirtilen hususların gerçekleşmesi şartı aranmamaktadır (38). Ancak bu durum itiraz veya temyiz merciinin bu hususta tamamen serbest olduğu anlamına da gelmemektedir. Kanunda açıkça belirtilmeyen bu husus Danıştay uygulaması ile belli bir düzene kavuşturulmuştur (39). Buna göre ilk derece mahkemesinin kararının yürütülmesinin durdurulması için mahkeme kararının uygulanmasının telafisi güç veya imkansız zararlar doğurması ihtimalinin bulunması veya üst idari yargı merciince itiraz ve temyiz dilekçesinin ilk incelemesinde İYUK'nun 49. maddesinde belirtilen bozma sebeplerinin varlığı hususunda kanaat oluşması gerekmektedir. Görüldüğü gibi 27. maddeden farklı olarak şartların birarada gerçekleşmiş olması gerekmemekte yukarıda belirtilen hususlardan birinin bulunması ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması için yeterli olacaktır.

4001 sayılı Kanunla eklenen cümle ile temyiz merciine tanınan "işlem hakkında yürütmenin durdurulması" yetkisinin 27. maddedeki şartlara uygun olarak kullanılacağı ise ek cümlede özellikle belirtilmiştir. Buna göre temyiz merci davanın reddine ilişkin kararların temyizi halinde talep üzerine, ancak işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilecektir.

4001 sayılı Kanunla getirilen ek cümle sadece davanın reddine ilişkin kararların temyizinden bahsetmekte 52/1'in ilk kısmından farklı olarak itiraz kanun yolunda işlem hakkında yürütmenin durdurulmasına yer vermemektedir. Açıkça

(38) D4D., 10.3.1986, E. 85/3530, DD, sy. 64-65, s. 162.

(39) Candan, s. 27.

temyizden bahsedilmesi ek cümle ile getirilen bu imkanın itiraz taleplerinde söz konusu olamayacağı gibi bir izlenim doğurmaktaysa da uygulamada Bölge İdare Mahkemelerinin de davanın reddi yolundaki kararlara karşı yapılan itirazlarda işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verdikleri görülmüştür (40).

52. maddenin başlığının "temyiz veya itiraz istemlerinde yürütmenin durdurulması" olduğu ve itiraz kanun yolunun düzenlendiği 45. maddenin 3. fıkrasındaki "itiraz temyiz için ve usullerine tabidir" hükmü gözönüne alındığında temyiz kanun yolu için tanınan bu hakkın itiraz aşamasında da mümkün olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple ek cümle ile getirilen hükümdeki "temyizi halinde" ki ibarenin madde başlığına uygun olarak "temyiz veya itiraz istemlerinde" şeklinde düzeltilmesi bahsedilen karışıklığı da giderecektir.

Son olarak belirtilmesi gereken bir mesele de 52. maddeye göre verilen kararın yürütülmesinin durdurulması veya işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itirazın mümkün olup olmadığıdır. 52. maddede, 27. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen bir itiraz usulü hüküm altına alınmamıştır. 4001 sayılı Kanunla getirilen ek cümlede 27. maddeye yapılan atıf ise açıkça yürütmenin durdurulmasının şartları ile sınırlıdır. O halde açık bir düzenleme olmadığına, m. 27/6 hükmüne atıf da yapılmadığına göre itiraz veya temyiz merciiince verilen ilk derece mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulması veya dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararına karşı herhangi bir itiraz söz konusu olmayıp itiraz ve temyiz merciiinin bu husustaki kararı kesindir (41).

(40) Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 5.12.1989, E. 89/1350.

(41) "... İdari işlemler hakkındaki yürütmenin durdurulması istemleri ile ilgili 27 nci maddede düzenlenen itiraz hakkının, temyiz istemini inceleyen Danıştay Dava Dairesi veya Kurulunun, temyizen incelediği mahkeme veya daire kararına yönelik yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdiği kararlar yönünden de geçerli olduğunu belirleyen bir atıf, ne 52 nci maddede ne de 2577 sayılı Kanunun İdari veya Vergi dava Daireleri Genel Kurullarının Görevlerini düzenleyen (2619 sayılı Kanunla değişik) 38 inci maddesinin 1/b fıkrasında İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun, idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen inceleyeceği, hükme bağlanmakta ve yine aynı Kanunun, İdari ve Vergi dava Daireleri Genel Kurullarının oluşumu ile ilgili 17 nci maddesine 3619 sayılı Kanunla eklenen 4 üncü fıkrasında "İdari dava daireleri...(nin) ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde..." demek suretiyle, İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun temyiz ve itirazlardaki görev alanı, 38 inci madde ile paralellik oluşturacak biçimde nitelendirilmektedir. Bu durumda, 2575 ve 2577 sayılı Kanun hükümlerinin incelenmesinde, ancak Danıştay'ın idari dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davalarda, yürütmenin durdurulması istemleri hakkında vermiş oldukları kararlara ilgisizince itiraz edilebileceği; Danıştay idari dava dairesinin, temyiz mercii olarak incelediği dava dosyasında, mahkeme kararına yönelik yürütmenin durdurulması istemi hakkında vermiş olduğu karara ise, 2577 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin 12 nci fıkrası hükmüne göre itirazın mümkün olmadığı, anlaşılmaktadır". Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 11.1.1991, Y.D. İtiraz No: 91/5, DD, sy. 82-83, s. 158-159.

Bu durum itiraz ve temyiz merciine ilk derece mahkemesi kararının veya işlemin yürütülmesinin durdurulması için ikinci defa müracaat etmeyi veya verilen yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasını talep etmeyi engellemektedir. O halde temyiz merciince verilen yürütmenin durdurulması kararı kesin olup, itirazı mümkün olmamakla birlikte yürütmeyi durdurma talebi reddedilen şahıs itiraz veya temyiz merciinden dava sonuçlanıncaya kadar yeniden ilk derece mahkemesi kararının veya işlemin yürütülmesinin durdurulmasını talep edebilir. Aynı şekilde itiraz veya temyiz merciince verilen yürütmenin durdurulması kararından zarar gören taraf 52. maddeye göre verilen yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasını, kararı veren merciden dava sonuçlanıncaya kadar talep edebilecektir.

D. YARGILAMANIN YENİLENMESİ (m. 53)

a. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri (m. 53/1-h)

İYUK'nun 53. maddesi 8 bent halinde yargılamanın yenilenmesi sebeplerini saymış ve süresini düzenlemiştir.

53. maddenin 1-h bendine göre, " tarafları ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması" bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. 4001 sayılı Kanunla bu maddeye, mahkeme ilamlarının ayniyetini sağlamak amacıyla (42) " tarafları" ibaresinden sonra gelmek üzere "konusu" ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla da İYUK. m.3'e bir paralellik sağlanmıştır. Gerçekten, idari davaların açılması esnasında dava dilekçelerinde bulunması gerekli hususlardan bir tanesi de, "davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı deliller" dir (İYUK. m. 3/2-b).

Ancak belirtmek gerekir ki, "dava sebepleri (konuları) birbirinden farklı bulunan kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulamayacağı" nı ifade eden bir Danıştay kararında (43) davanın sebebi ile konusu eşanlamli şekilde ifade edilmişse de bu doğru değildir.

Dava konusu (müddeabih), davanın neye ilişkin olduğunu ifade eder ve dava dilekçesinde davanın sebebinden (vakıa, olay, olgu) önce belirtilir. Böylece, dilekçenin verildiği mahkemenin görevli olup olmadığı ve ne miktar üzerinden harç alınacağı kolayca anlaşılır. Dava konusu, malvarlığı hakkına ilişkin ise, "...

(42) Genel Gerekçe, s. 7.

(43) D9D., 31.3.1982, E. 81/2602, K. 82/1718.

TL. lik alacak davası", şahısvarlığı hakkına ilişkin ise, "boşanma davası" şeklinde adlandırılır (44).

Tartışmalı olmakla birlikte hukukumuzda dava sebebinden, hukuki sebepler (45) değil, davacının davasını dayandırmış olduğu vakıalar anlaşılır (46). Bunlar, davacının dava dilekçesindeki talep sonucunun veya iddiasının temel dayanağını oluşturan ve bu talep sonucunu desteklemeye elverişli bulunan vakılardır. Bu vakıalar, otomobil kazasında olduğu gibi bir maddi fiil olabileceği gibi, satış sözleşmesi şeklinde bir hukuki işlem de olabilir (47).

b. Yargılamanın yenilenmesi süresi (m. 53/3)

4001 sayılı Kanunla değişiklikten önce İYUK'nun 53. maddesinin 3. fıkrasında, yargılamanın yenilenmesi sebepleri bakımından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) süreye ilişkin hükümlerinin (HUMK. m. 447), kıyas yolu ile uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İYUK'nun 31. maddesinde, İYUK'nda hüküm bulunmayan hallerde, HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 4001 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar 31. maddeye paralel olarak 53. maddede yer alan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin süresi konusunda HUMK'na yollama yapılmıştır.

HUMK'nun yargılamanın yenilenmesinde süreyi düzenleyen 447. maddesinde yargılamanın yenilenmesi süresi 3 ay, 1 ay ve müruruzaman müddeti (10 yıl) olarak düzenlenmiştir. Maddede yargılamanın yenilenmesi süresinin başlaması hususunda bir birlikteliğin olmadığı görülmektedir. 447. maddeye göre bu süreler, elde edilme, öğrenme, kesinleşme ve tebliğ edilme tarihlerinden itibaren başlayacaktır.

(44) Kuru, c. II, s. 1085-1086; Yılmaz, Ejder- Yılmaz, Ümit, Hukuk Rehberi (Adli Yazı ve Yazışma Usulleri), c. I, Ankara 1995, s. 44.

(45) Hukuki sebepler, davacının talep sonucunu haklı göstermek için dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların hukuki mahiyeti veya hukuki niteliyesidir. Örneğin, davacının dava dilekçesinde göstermiş olduğu bir vakıanın haksız fiil (BK. m. 41 vd.), sebepsiz zenginleşme (BK. m. 61 vd.) vs. olarak belirtmesi gibi, Kuru, c. II, s. 1090; Kuru, Baki, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, Adalet Dergisi, yıl 58, sy. 4, Nisan 1967, s. 242-243.

(46) "...Usul hükümlerine göre açılan bir yeni davaya karşı derdestlik itirazında bulunabilmek için her iki davanın: a-Tarafının, b-Konusunun (müddeabihinin), c-Dava sebebinin aynı olması gerekir. Dava sebebinden maksat davanın dayandığı vakılardır. Yoksa hukuki sebepler değildir. Nitekim geçimsizlikten dolayı açılan boşanma davasından sonra aynı taraflar yeni vakıalara dayanarak gene geçimsizlikten dolayı açılan boşanma davasından sonra aynı taraflar yeni vakıalara dayanarak gene geçimsizlikten dolayı yeni bir dava açabilecekleri gibi, aynı müddeabihin aynı bölümlerde aynı dava konusu yapılabilir ve bu davalarda taraflar ve dava konusu aynı olduğu halde dava sebebi olan vakıalar ayrı olduğundan derdestlik itirazı ileri sürülemez..." Y13HD., 22.3.1974, E. 74/621, K. 74/68, Yargıtay Kararlar Dergisi, c. 2, sy. 12, Aralık 1976, s. 1680.

(47) Kuru, c. II, s. 1086; Yılmaz, Ejder-Yılmaz, Ümit, s. 45.

4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile yargılamanın yenilenmesi sebebine göre süreler açıkça gösterilerek uygulamada kolaylık sağlanmıştır. 4001 sayılı Kanun, yargılamanın yenilenmesi süresini İYUK. m. 53/1-h bendinde yazılı sebep için 10 yıl, diğer sebepler için 60 gün olarak değiştirmiştir. Yine bu maddeye göre bu süreler, dayanılan sebebin talepte bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanacaktır.

4001 sayılı Kanunla 53. maddede yapılan bu değişiklik İYUK'nun idari davaların özelliklerine göre hükümler sevketmesi bakımından takdire şayandır. Ancak kanaatimizce, sürelerle ilgili bu düzenleme yapılırken yargılamanın yenilenmesi talebinin yapılabilmesi hususunda azami bir süre tesbiti adli yargıya da örnek olması bakımından uygun olurdu (48).

E. KARARIN DÜZELTİLMESİNİ İNCELEYECEK MERCİLER (m. 54/3)

Mevzuatta ve doktrinde tashihi karar şeklinde de ifade edilen karar düzeltme yolu ile, davanın taraflarına, kanunda tahdidi olarak belirtilen sebeplerden dolayı üst derece mahkemelerinin (Danıştay Dava Daireleri, Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları ve Bölge İdare Mahkemeleri) itiraz veya temyiz talepleri üzerine verdikleri nihai kararların belirli bir süre içinde (15 gün) bir defaya mahsus olmak üzere incelettirebilme imkanı tanınmıştır (İYUK. m. 54).

İYUK'nun 54. maddesinin ilk şekline göre sadece, Danıştay Dava Daireleri ile Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarınca temyiz üzerine verilen kararlar için karar düzeltme talebinde bulunulabiliyordu. 3622 sayılı Kanun ile 54. maddenin 1. fıkrasına "...bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar" ibaresi ilave edilerek bölge idare mahkemelerince verilen kararlara karşı da karar düzeltme talebinde bulunabilme imkanı tanınmıştır. Ancak 3622 sayılı Kanun değişikliği ile, 54. maddenin 3. fıkrasında kararın düzeltilmesi taleplerini inceleyecek merciler arasına bölge idare mahkemeleri ibaresi konulması unutulmuştur. 3622 sayılı Kanunla 54. maddenin 1. fıkrasına yapılan ilaveye paralel olarak 4001 sayılı Kanun da yerinde olarak 3. fıkraya kararın düzeltilmesini inceleyecek merciler arasına "bölge idare mahkemesi" ibaresini eklemiştir.

(48) HUMK'daki düzenleme ile ilgili de aynı eleştiriler yapılmaktadır. Kuru, "HUMK. m. 445/8'deki sebep dışındaki hallerde, hükmün kesinleşmesinden itibaren beş yıl geçtikten sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağı" şeklindeki bir ibarenin kanuna konulmasını savunmaktadır. Kuru, c. IV, s. 3637, dipnot 130.

F. YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE KARARIN DÜZELTİLMESİ SEBEPLERİNDE PARA CEZASI (m. 55)

İYUK'nun 55. maddesi yargılamanın yenilenmesine ve kararın düzeltilmesine ilişkin özel hükümleri ihtiva eder.

4001 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi sebepleri kanunda yazılı sebeplere dayanmadığı takdirde talebin reddine karar veriliyor (49) ve HUMK'nun 442. maddesine göre de para cezasına hükmediliyordu.

4001 değişikliği ile 55. maddenin 3. fıkrasında yer alan "HUMK'nun bu husustaki hükümlerine göre para cezası da hükmolunur" ifadesi yürürlükten kaldırılmıştır.

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, bunların hiçbir kısıntıya, yargı yoluna başvurmada tarafları tereddüte düşürmeksiz yargı denetimine tabi tutulmasını gerektirir. Bu sebeple söz konusu ceza hükmünün ortadan kaldırılması sosyal hukuk devletinin bir gereği olan hak arama hürriyeti ilkesine uygun ve isabetli olmuştur.

SONUÇ

Kanun yolu, davanın taraflarına tanınan hukuki bir yol olup, bu yol ile hukuka aykırı olan veya hukuka aykırılığı iddia edilen kararların yeniden incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanır. İlk derece mahkemelerinin bir uyuşmazlık hakkında karar verirken yanlışlık yapma ihtimali karşısında, vermiş oldukları kararların daha yüksek bir mahkeme tarafından denetlenmesi amacıyla hukuk sistemimizde, davanın taraflarına, ikinci bir hukuki himaye yolu olarak kanun yollarına müracaat imkanı tanınmıştır.

(49) İYUK'nun 54. maddesinin 2. fıkrasına göre, kararın düzeltilmesi talebini inceleyecek merciler, kararın düzeltilmesi talebinde ileri sürülen sebeplerle bağlıdır. Ancak Danıştay bu hususta kendini sınırlamamış ve zaman zaman bu hükmü geniş yorumlamıştır. "...iptal davasının kabul şartı olarak nitelenen ön şartlar mevcuttur. Bunlardan biri de süre şartıdır. Süresinde açılmayan bir idari dava baştan kabul edilmez ve tekemmüle tabi tutulmaz. Diğer taraftan süre, amme intizamı ile ilgilidir ve karar düzeltme safhası da dahil olmak üzere davanın her safhasında sürenin dikkate alınması usul hukukunun ve öncelikle idare hukukunun zorunlu kıldığı bir kuraldır... Yine sukut eden bir hakkın ihya olunamayacağı yolundaki hukukun genel kuralı da bu görüşü doğrulamaktadır. Süreaşımına uğramak suretiyle düşmüş bir dava hakkının ihyasına bir yargı organı her ne sebeple olursa olsun yetkili olamaz. Mahkemenin (tarafların talep etmemiş ve kendisinin görmemiş olması nedeniyle), düşmüş bir dava hakkını karar düzeltme safhasında artık dikkate alamayacağını beyan suretiyle ihya edilmesine hukukun genel esasları imkan vermez". Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, 24.2.1973, E. 70/1, K. 73/1, RG. 13.10.1973, sy. 14684.

4001 sayılı Kanun 3622 sayılı Kanun gibi İYUK.'unda köklü değişiklikler yapmıştır. Objektif dava ehliyeti ve yürütmenin durdurulması müesseselerine getirilen değişiklikler en önemli değişiklikler olarak nitelendirilebilir.

Çalışmamızda, 4001 sayılı Kanunun İYUK'nun 45-55. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan kanun yollarına getirmiş olduğu değişiklikleri incelemeye çalıştık. Görüldüğü üzere kanun yollarına getirilen değişikliklerin bir kısmı madde metnine açıklık getiren ibareler şeklindedir. Bir kısmı ise, tartışmalı hususları çözümlenmeye yöneliktir.

Kanun yollarına getirilen değişikliklerin en önemlisi, şüphesiz, İYUK'nun 52. maddesinde düzenlenmiş bulunan temyiz veya itiraz taleplerinde yürütmenin durdurulması müessesesine getirilen değişikliktir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda karar aleyhine olan taraf, temyiz veya itiraz taleplerini inceleyecek olan merciden mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulmasını isteyebilir. 4001 sayılı Kanun, bu aşamada mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talebi yanında, dava konusu işlem hakkında da yürütmeyi durdurma talebinde bulunulabileceğini hüküm altına alarak bu konudaki tartışmalara son vermiştir. Buna göre davanın reddi halinde temyiz veya itiraz taleplerinde artık dava konusu idari işlem hakkında eğer şartlar mevcutsa yürütmenin durdurulması kararı verilebilecektir.

Olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi süresinde HUMK'na yapılan atfın kaldırılması ve yargılamanın yenilenmesi sebepleri ile kararın düzeltilmesi sebepleri mevcut değil iken bu yollara başvurulduğu takdirde HUMK'nda öngörülen para cezasının kaldırılması, idari yargının HUMK'na yollama yapmış olduğu hükümlerini azaltması bakımından kayda değerdir.

